

PERQUISITIONS

en Matières Répressives

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 27 Mai 1910, à 4 h. 1/2

PAR

P. BRACK

Président : M. LE POITTEVIN, professeur.

Suffragants { MM. GARÇON, professeur.
 PERCEROU, agrégé.

PARIS-V.

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

—
1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

PERQUISITIONS

en Matières Répressives

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 27 Mai 1910, à 4 h. 1/2

PAR

P. BRACK



Président : M. LE POITTEVIN, professeur.

Suffragants { MM. GARÇON, professeur.
 PERCEROU, agrégé.

PARIS-V°

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Dans la cité moderne il est admis en principe, que l'individu ne doit subir aucune entrave dans l'exercice de son activité intellectuelle et physique.

Mais d'autre part, la société ne peut vivre que dans la sécurité et la justice. Il faut donc que ses agents soient investis de certaines prérogatives, restrictions indispensables au droit individuel.

C'est ainsi que chaque fois qu'un acte sera commis qui porte atteinte à l'ordre social et constitue une infraction à la loi pénale, ses agents ne pourront constater le délit, en trouver l'auteur, déterminer le degré de culpabilité de celui-ci, assurer son châtement et la réparation du dommage causé, que s'ils s'emparent de tous les objets propres à amener la complète manifestation de la vérité, en quelque endroit que ces objets se trouvent, chez le coupable présumé ou sur sa personne, soit même dans la maison de la victime ou de tiers quelconques.

Si nous cherchons à préciser l'étendue du principe de la liberté individuelle tel qu'il s'est dégagé à notre

époque, nous voyons qu'il comporte le droit pour chacun de disposer à son gré de sa personne, celui de jouir librement de tous ses biens, et surtout celui de goûter pleinement cette paix spéciale, la plus respectable et la plus sacrée de toutes, la paix domestique.

Notre étude n'a pour objet que l'examen des règles qui, dans le conflit de ces deux principes également essentiels au bon ordre social, celui de la liberté individuelle et celui de la sécurité publique, doivent assurer au citoyen au regard de l'Etat la paisible jouissance de ses biens et le respect de son domicile.

Origine et développement des droits individuels. — Quelle est l'origine de ces droits individuels et comment leur respect a-t-il été assuré aux différentes époques de l'histoire ?

Ancien droit. — Dans l'antiquité et au moyen âge la notion de ces droits n'est pas encore née, l'Etat est omnipotent vis-à-vis de tous les membres de la cité. Constatons cependant que dès les premiers âges le domicile est protégé, on le déclare inviolable. Ce respect est fondé uniquement sur les considérations d'ordre religieux. C'est l'asile et le temple des divinités du foyer, non la personnalité de son hôte qui est sacré (1). Plus tard lorsque ces croyances religieuses se seront effacées, si le fait de violer les lieux habités

1. Fustel de Coulanges, chap. IV, p. 31.

ou servant à son habitation est regardé comme une atteinte à la tranquillité et à la sécurité de l'homme qui les a choisis, on ne songe pas encore à protéger contre l'Etat l'habitation, centre de l'activité humaine. Le principe social de l'inviolabilité de la personne humaine, tel que l'a dégagé l'évolution des idées ne nous paraît découler en aucune manière de la conception antique fondée sur des idées religieuses et qui a disparu avec elles ; il a une autre base et une autre portée. Il ne proclame pas seulement le respect de l'habitation, il prohibe en même temps toute forme de contrainte contre la libre activité de l'homme, telle qu'une perquisition sur la personne d'un citoyen, telle qu'une saisie d'objets dont il serait détenteur à un titre quelconque.

Epoque moderne critique de notre législation. — La législation moderne, tout en s'inspirant de ces idées, tout en consacrant expressément l'une d'elles, la liberté du domicile (1), n'a pas entendu priver l'Etat des droits qui lui permettent d'exercer sa mission, elle n'a pas voulu en donnant trop d'importance à l'inviolabilité de la personne humaine, organiser légalement l'impunité des criminels, ni en étendant indéfiniment le pouvoir de l'autorité, supprimer les garanties du citoyen. Elle ne permet d'atteinte aux droits individuels que si

1. Loi 19-2 juillet 1791, a. 8, 11, t. I. — Const., 5 fructidor an III, a. 359. — Const., 22 frimaire an VIII, a. 76. — Const., 1848, a. 3. — Code pénal, a. 184.

plusieurs conditions se trouvent réunies. En premier lieu, il est nécessaire que les agents de l'autorité investis d'un pouvoir de contrainte, se trouvent dans l'hypothèse où un texte de loi les autorise à l'employer. En second lieu, il faut que ces actes de force soient accomplis par des fonctionnaires compétents. En dernier lieu, les formalités légales qui les entourent doivent être strictement observées.

Cet ensemble de règles constitue des garanties importantes données à la liberté individuelle.

Malheureusement, elles ne sont pas énoncées formellement par la loi, elles découlent de l'esprit de notre législation, elles peuvent être par conséquent matière à controverses et être interprétées d'une manière plus ou moins stricte. Ces quelques règles d'ailleurs seraient encore insuffisantes par elles-mêmes si elles n'étaient pas complétées par quelques principes également déduits du droit public moderne et qu'on peut exposer de la manière suivante. D'une part, la loi doit restreindre au cas d'absolue nécessité l'emploi de tout moyen de contrainte. D'autre part, elle ne doit confier qu'à des magistrats avertis des règles du droit, indépendants, à des juges, ce pouvoir exorbitant.

Elle doit enfin édicter des formalités destinées à assurer la régularité de ces actes à peine de nullité.

Mais ces garanties peuvent encore devenir illusoires l'absence de toute restriction légale, car la pratique peut s'arroger le droit de violer la liberté indivi-

duelle pour un objet fictif, indéterminé, ne rentrant pas dans le cercle d'application de la loi qui autorise cette atteinte aux droits du citoyen, car la jurisprudence pourrait considérer, même en cette matière où la loi légitime, à regret de graves atteintes à la liberté, que certaines règles peuvent ne pas être d'interprétation stricte, que tout ce qui n'est pas formellement défendu est permis.

Car elle peut enfin estimer que les garanties que la loi accorde à la liberté individuelle sont facultatives, que le citoyen peut y renoncer expressément, qu'il peut même en ne les invoquant pas être présumé y renoncer. Pour garantir efficacement la liberté individuelle, il faudrait donc que non seulement la loi réglât minutieusement les hypothèses où une atteinte à la liberté de la personne serait légitime, que non seulement elle les entourât de formalités précises à peine de nullité, mais encore qu'elle limitât le plus possible les pouvoirs des agents de l'autorité, et qu'elle déclarât qu'en ces matières tout ce qu'elle autorise contre la liberté est une exception aux principes généraux, et que par conséquent toutes ces dispositions doivent être d'interprétation stricte ; qu'enfin les règles qu'elle édicte sont d'ordre public et qu'on ne peut valablement renoncer à les invoquer.

Actuellement ces principes sont dégagés par la doctrine, mais la pratique en l'absence de tout texte les méconnaît trop souvent. Ils sont cependant la condition

même de la liberté civile, et l'on peut dire que tant qu'ils ne seront pas admis par la jurisprudence ou imposés à elle de force, l'inviolabilité de la personne humaine ne sera qu'une formule vaine, vide de sens.

L'ancien droit a ignoré complètement l'existence de règles en ces matières. Le droit de perquisition fut longtemps abandonné à l'arbitraire des magistrats, qui, dépendant étroitement du seigneur ou du roi, confondaient dans leurs mains les pouvoirs de prévoir, de constater, de rechercher et de punir les crimes. L'édit de 1667, qui portait création d'un lieutenant de police a distingué pour la première fois les attributions de la police de celles de la justice, mais l'ancien droit n'est jamais arrivé à séparer les pouvoirs de l'instruction de ceux de la police judiciaire, dont le rôle doit se borner, après la perpétration d'un délit, à recueillir tous les renseignements utiles, sans pouvoir user d'une contrainte quelconque à l'égard des citoyens. Ces distinctions qui font partie des garanties essentielles de la liberté individuelle ne sont pas encore bien nettes sous la Révolution. S'il est exact qu'à cette époque la police administrative est nettement séparée de la police judiciaire (1), il n'en est pas moins vrai que les agents qui exercent celle-ci, après avoir constaté une infraction, usurpent encore le droit de se servir de tout moyen de

1. Loi du 19 septembre-21 octobre 1791. — Code du 3 brumaire an IV.

contrainte pour arriver à la manifestation de la vérité(1).

Dans notre législation actuelle les frontières entre la police administrative et la police judiciaire d'une part, entre la police judiciaire et la justice d'autre part, sont théoriquement tracées. Mais au point de vue pratique certaines circonstances sont de nature à créer quelques confusions, souvent favorables aux intérêts de la sûreté publique, mais préjudiciables à ceux de la liberté individuelle.

En premier lieu, la réunion est assez fréquente des pouvoirs de police administrative avec ceux de la police judiciaire dans les mains des mêmes agents. C'est ainsi que les commissaires de police, agents de police administrative, sont agents de la police judiciaire, c'est ainsi également que des agents de l'administration des douanes ou des forêts sont chargés de la recherche de certains délits.

En second lieu, la distinction n'est parfois pas nette entre les pouvoirs de l'officier de police judiciaire, dont le rôle doit se borner à une prise de renseignements et ceux des juges instructeurs, qui sont investis du droit d'employer tous actes d'autorité pour arriver à établir la vérité. C'est ainsi que les auxiliaires du procureur de la République procèdent non seulement en matière de crimes flagrants ou de délit flagrant, mais encore

1. Loi du 16-21 septembre 1791. — Code du 3 brumaire an IV.

dans l'hypothèse des délits non flagrants, à des saisies ou perquisitions. C'est ainsi encore que les employés des contributions indirectes ou des douanes peuvent perquisitionner dans certaines conditions.

Toutes ces exceptions au principe que nous posons plus haut d'une véritable séparation de pouvoirs devraient être, ce nous semble, interdites d'une manière générale, et, si la loi se trouve dans l'absolue nécessité d'en consacrer quelques-unes, elle devrait tout au moins les entourer de formalités minutieuses et exiger en ces matières l'intervention sous forme d'autorisations, des magistrats indépendants investis d'un pouvoir judiciaire.

Telles sont ainsi exposées brièvement les différentes règles dont l'ensemble, à notre avis, constituerait pour la liberté individuelle un minimum de garanties nécessaires et suffisantes.

PREMIÈRE PARTIE

DES PERQUISITIONS DES Juges D'INSTRUCTION

CHAPITRE PREMIER

DES PERQUISITIONS

Avant de soumettre une affaire au tribunal répressif, il y a généralement lieu de procéder à une information, dont l'objet est de préciser l'existence, la nature du délit, ses causes, ses conséquences, d'établir la culpabilité de son auteur, d'en apprécier les degrés ou d'innocenter, s'il y a lieu, certains individus injustement soupçonnés d'être coupables. Le magistrat instructeur auquel incombe une pareille tâche si délicate, si importante, si complexe, ne saurait la mener à bien s'il n'était investi de pouvoirs extraordinaires, d'un droit de contrainte à l'égard de tous, qui lui permet d'obliger chacun à révéler ce qu'il sait, à exhiber les objets qui peuvent se rattacher au délit, d'ordonner toutes les mesures propres à établir la vérité.

Définition de la perquisition. — Le droit de perquisition dévolu au magistrat instructeur est, au sens large du mot, le droit de rechercher par la force sur toutes personnes ou en tous lieux, des éléments de preuves qui seront soumis à la juridiction de jugement. Aucune porte ne doit demeurer close devant la justice, aucun secret de la vie intime et familiale ne doit lui rester caché. Le magistrat instructeur pourra se transporter partout où il estimera qu'il rencontrera des objets utiles à la manifestation de la vérité, qu'il fera des constatations importantes.

Si, au sens étroit du mot, la perquisition est une recherche au domicile même du citoyen, si la loi n'a réglementé spécialement que l'atteinte portée à la paix du foyer, elle n'entend pas moins soumettre aux mêmes règles tous les autres actes d'autorité, tels que les perquisitions mobilières ou les recherches sur la personne même de l'individu, qui préjudicient à l'intégrité physique et morale du citoyen.

La perquisition comprend toute une série d'opérations multiples et diverses, telles que des fouilles dans un jardin, des sondages dans une cave ou dans un mur, le criblage des cendres d'un foyer, ou le curage d'un puits ou d'une fosse d'aisances.

Nous allons donc étudier successivement les différentes formes sous lesquelles se manifeste le droit de perquisition au sens large du mot.

§ 1. — DIFFÉRENTES ESPÈCES DE PERQUISITIONS

En premier lieu, certains auteurs pensent que la perquisition interdite en principe par la loi ne peut être qu'un fait instantané, comme celui de s'introduire dans le domicile d'un particulier comme celui de fouiller une personne.

Mais le fait continu de se maintenir dans une habitation malgré le propriétaire et de pousser les recherches dans certaines parties de l'habillement d'un individu contre son gré ne constituerait pas une perquisition proprement dite. Cette solution ne paraît pas rationnelle ; le second fait, la continuation des recherches, est comme le premier une atteinte de même nature à la sécurité et à l'indépendance de l'individu. Nous estimons donc qu'il faut entendre par perquisition au sens légal du mot tout l'ensemble des opérations de recherches et non seulement leur début.

Perquisition sur la personne. — Il se peut que l'autorité soit obligée de pratiquer parfois des recherches sur la personne du citoyen ou sur des objets qu'il porte avec lui, tels que paniers, paquets, valises, portefeuilles, etc., dans le but de constater l'existence d'un délit. C'est ainsi que les agents de police procèdent souvent dans certains quartiers des grandes villes à des battues au cours desquelles ils interpellent les passants suspects

sur la provenance d'objets qu'ils transportent de façon ostensible ou cachée, ils se livrent parfois même à des fouilles superficielles, qui révèlent le plus souvent la présence d'objets volés ou d'armes dont le port est interdit.

De même certains textes, qui interdisent le colportage du gibier ou le transport de poissons en temps prohibés, semblent par cela même autoriser les agents de de l'autorité à procéder à la visite des paniers ou paquets portés par certains passants.

Une première théorie prétend que ces actes ne sont pas de ces atteintes à la liberté pour lesquels nous énumérions tout à l'heure une série de conditions de forme, elle soutient que ces recherches effectuées dans les lieux publics ou ouverts au public, sur des routes, dans les rues, ont pour fondement le droit de police général que peuvent exercer tous les fonctionnaires chargés du maintien de l'ordre, tels que les gendarmes ou les agents de police. D'après cette opinion, ces actes, déterminés par des soupçons, exercés sur les voies publiques directement soumises à la surveillance de l'autorité, ne sauraient être assimilés au point de vue de la gravité aux perquisitions domiciliaires, et la loi semble au contraire les admettre tacitement lorsqu'elle érige en délit le fait par exemple de colporter du gibier en temps prohibé ou d'être trouvé porteur d'armes en dehors de chez soi. D'autre part,

elle ne les interdit pas, puisqu'elle se borne à prohiber seulement les perquisitions opérées au domicile du citoyen.

Mais la jurisprudence décide, avec raison à notre sens que le droit de constater et de rechercher les délits ne sauraient être illimité et transformé en un droit de visite. C'est ainsi qu'un garde champêtre, qui soupçonne un individu par lui rencontré sur la voie publique de colporter du poisson pêché en temps prohibé, ne peut contraindre cet individu à ouvrir et laisser visiter le panier dont il est porteur ; par analogie il ne pourrait être procédé à aucune recherche sur la personne même du contrevenant(1). En conséquence les objets saisis de cette manière ne peuvent servir de base à des poursuites judiciaires. Remarquons que dans le même esprit il est admis au Parquet de la Seine que les individus trouvés porteurs d'armes prohibées, au cours des rondes de police, ne doivent pas être poursuivis de ce chef. Mais la jurisprudence n'a pas poussé cette théorie dans ses extrêmes limites. Elle admet qu'un individu arrêté pour délit quelconque et fouillé au poste de police peut être, s'il est trouvé porteur d'armes prohibées, l'objet de poursuites. Il paraît donc être admis qu'en l'absence de toute infraction, une fouille est illégale, mais que dès qu'un individu s'est rendu coupable d'un délit, sa personne est, *ipso facto*, déchu

1. Toulouse, 20 juillet 1893. D. 94. 2. 199.

de son immunité, qu'elle appartient à la justice et que dans cette hypothèse l'arrestation devient le « titre » même de la perquisition. Cette distinction qu'on semble vouloir asseoir sur des principes juridiques, n'est en réalité légitimée que par le principe supérieur de la sécurité publique. Mais, en dernière analyse, elle présente pratiquement pour le respect dû au citoyen paisible, une somme de garanties suffisantes.

La jurisprudence admet une seconde restriction à l'immunité qui protège la personne physique, elle ne permet pas qu'un individu puisse, en cachant certains objets sur sa personne, les soustraire à l'action de la justice. Cette appréhension, qui constitue une voie de fait, justifie l'emploi de la force pour restituer aux agents de l'autorité la possession des documents soustraits à leur examen (1).

Perquisitions domiciliaires. — Il se peut que les recherches doivent être effectuées au domicile des citoyens. La perquisition prend alors le nom de visite domiciliaire. Sa légitimité est la conséquence nécessaire du droit général de perquisition dont sont investis les magistrats instructeurs.

Mais que faut-il entendre exactement par domicile ? On entend sous ce nom toute demeure permanente ou temporaire d'un citoyen, alors même que celle-ci ne

1. Cass., 16 janv. 1869.

constituerait ni son domicile au sens juridique du mot, ni sa résidence habituelle. Ainsi, nous devons considérer comme un domicile une chambre d'hôtel louée pour une seule journée par un voyageur. Peu importe d'autre part le titre en vertu duquel le local est occupé ; propriété, louage, simple tolérance ou permission, à condition toutefois que la présence sur les lieux de l'occupant n'apparaisse pas avec évidence comme absolument illégitime. Un individu qui se serait installé dans une maison par violence contre le gré du propriétaire ou du locataire ne saurait invoquer à son profit l'inviolabilité du domicile.

En résumé, il nous paraît que toute retraite, tout abri choisi par un individu quelconque doit être respecté par les agents de l'autorité.

Mais il faut encore aller plus loin et dire que tout édifice ou partie d'édifice qui renferme des objets appartenant à un citoyen, même si ce dernier n'y habite pas, ne peut être soumis aux perquisitions de l'autorité. Car ce que la loi entend protéger, ce n'est pas le domicile en lui-même, c'est la tranquillité des citoyens et la perquisition dans un dépôt d'objets mobiliers, puisqu'elle permet de violer les secrets de la vie intime, doit être considérée comme une mesure d'autorité analogue à la visite domiciliaire.

Néanmoins, certains auteurs (1), pour définir le domi-

1. Garraud. *Traité théorique et pratique de droit pénal*.
V° Violation de domicile, t. IV.

cile, s'attachent exclusivement au fait de l'habitation. C'est ainsi qu'ils exigent pour qu'un lieu soit soustrait à une perquisition qu'il serve à l'habitation actuelle et non pas simplement qu'il y soit destiné. Une maison vide, inoccupée, ou qui n'est pas actuellement habitée par son propriétaire peut être, d'après ce système, visitée sans réserves par les agents de l'autorité, et la possibilité qu'ils y rencontrent quelqu'un s'y trouvant momentanément, ne suffit pas à leur en interdire l'accès, puisque ce n'est pas le domicile envisagé d'une manière abstraite qui est inviolable, mais bien la sécurité du citoyen qui l'habite. Ces auteurs sont amenés à refuser toute immunité aux locaux qui ne servent pas à l'habitation.

Nous ne saurions nous rallier à cette théorie pour les raisons que nous avons exposées plus haut. La pratique d'ailleurs tend à considérer le domicile dans le sens le plus large, et n'autorise aucune recherche dans les locaux même inhabités ou qui ne servent pas à l'habitation.

Il convient d'examiner maintenant si les dépendances de la maison bénéficient également du privilège de l'inviolabilité. La loi prohibe certainement l'introduction des agents de l'autorité dans l'enceinte de l'habitation, qu'il s'agisse de la maison même ou d'une de ses dépendances, pourvu que cette dépendance soit comprise dans la même clôture, dans le même ensemble de cons-

tructions. Il ne doit pas y avoir violation de l'enceinte générale qui constitue la demeure de chacun de nous ; par exemple on doit considérer comme une portion du domicile un balcon, une terrasse, sur lesquels on a pu accéder de l'extérieur au moyen d'une échelle, sans entrer dans la maison, car le balcon et la terrasse font corps avec l'appartement dont ils dépendent.

On a déclaré que l'inviolabilité du domicile ne se comprenait que pour un espace clos ; si donc une cour ou un jardin joignant une maison n'ont pas de mur d'un côté, les agents de l'autorité peuvent s'introduire dans ces lieux à leur gré pour y faire toutes les constatations utiles.

La condition d'existence d'une clôture pour interdire l'accès d'un lieu aux agents de l'autorité nous paraît contestable. A notre avis, la présence de gendarmes ou d'agents dans une cour, même non close, attendant à une maison, nous paraît être une atteinte sérieuse à la tranquillité de la personne qui habite dans ce lieu. La théorie que nous combattons devrait d'ailleurs logiquement admettre qu'il suffirait que le mur d'enceinte d'une habitation possédât des brèches, que la porte qui donne accès dans l'intérieur de la maison fut ouverte pour légitimer une introduction des représentants de l'autorité. Une théorie qui admet de pareilles conséquences, qui fait reposer l'inviolabilité du domicile sur une question de hasard ou de négligence, nous paraît insoutenable. Dans une seule hypothèse les agents de l'autorité

peuvent pénétrer dans une dépendance de l'habitation, c'est lorsque cette cour, ce jardin, un bâtiment quelconque est en fait accessible à tous, que par l'effet de la coutume ou par l'exercice d'une servitude chacun peut pénétrer librement dans ces lieux. Il serait étrange que seuls les représentants de l'autorité se voyent refuser un droit que chacun possède. Il n'est plus ici question de porter atteinte à la sécurité d'un citoyen. Le « titre » de la perquisition, c'est l'accès du public.

La question est plus délicate de savoir si l'introduction de gendarmes ou d'agents sur les champs d'un cultivateur, dans le bois qui appartient à un chasseur constitue un acte d'autorité qu'on doit assimiler à une visite domiciliaire. D'après l'opinion restrictive que nous avons exposée précédemment, ces sortes de recherches sont légitimes. Les champs, les bois, les terrains à bâtir ne sauraient constituer à un titre quelconque une portion du domicile, ni bénéficier de la plus petite immunité. Aussi n'est-ce plus le principe de l'inviolabilité du domicile, que nous invoquons ici, ce n'est pas non plus celui de l'inviolabilité de la propriété privée, car nous verrons plus tard que la loi semble consacrer à son encontre les plus graves atteintes, ce sera en vertu du principe supérieur de l'inviolabilité de la personne humaine que nous réproverons ces perquisitions puisqu'elles sont de nature à porter atteinte à la sécurité de l'individu.

Nous estimons que dans une hypothèse seulement les agents de l'autorité peuvent agir avec la plus complète indépendance : ils peuvent pénétrer quand bon leur semble pour constater les infractions dans tous les lieux où le public est admis indistinctement. En vertu de ce principe, commissaires de police, officiers municipaux peuvent s'introduire pour perquisitionner dans les cafés, cabarets, boutiques, magasins, dans les maisons où l'on donne habituellement à jouer des jeux de hasard (dans ce cas sur la désignation qui leur en a été donnée par deux citoyens domiciliés) dans les lieux notoirement livrés à la débauche (1), et d'une manière très générale dans tout endroit privé ou en fait le public a accès sans distinction de personnes. Il ne saurait s'agir en effet ici ni de la paix du foyer ni de la tranquillité d'un citoyen.

Notons en passant que la question de savoir si le public est admis à l'intérieur de la maison peut quelquefois être assez délicate à trancher. A notre avis, ce sera toujours une question de fait. L'exigence d'une carte d'invitation ou d'une présentation par des amis, n'est pas un critérium suffisant pour distinguer une réunion publique d'une réunion purement privée.

Néanmoins, toujours en vertu des principes que nous avons exposés, ce droit de visite rencontre certaines limites. La perquisition opérée dans cette hypothèse

1. Loi 19-22 juillet 1791, a. 8. 9. 10.

ne saurait, sous aucun principe, s'étendre aux locaux servant à l'habitation ou occupés par le commerçant, par le tenancier de la maison de jeux, et dans lesquels le public n'a pas accès ; elle ne saurait avoir lieu en dehors des heures où chacun y est admis indistinctement ; car en dehors de ce temps, la maison redevient alors une habitation privée et inviolable. D'ailleurs, les agents de l'autorité qui ont pénétré légalement dans ces lieux ne peuvent pas perquisitionner sur la personne des individus qu'ils peuvent y rencontrer. Ils ne peuvent enfin opérer des recherches que dans les limites de leur compétence.

Le domicile, la résidence, le dépôt d'objets mobiliers appartenant à des citoyens doivent être inviolables, que ceux-ci soient absents, non présents, ou non représentés. Il suffit de remarquer que c'est le domicile de l'absent qui a le plus besoin de protection pour comprendre que la loi n'ait pu permettre de le violer impunément. Les agents de l'autorité ne pourraient pas non plus s'introduire au domicile d'une personne décédée, car une pareille mesure porterait une grave atteinte aux intérêts de ses héritiers connus ou inconnus.

Tout étranger a droit, comme le citoyen français, aux garanties que la loi a accordées à la liberté de la personne humaine.

Notre législation ne reconnaît pas à certains incapables, mineurs, femmes mariées, etc., le droit de posséder un domicile autre que celui de leurs parents,

de leur mari, etc. On pourrait en conclure au cas où la femme mariée, par exemple, aurait un domicile de fait dans un autre lieu que celui où habite son mari, que les agents de l'autorité ne seraient pas tenus de respecter l'inviolabilité de cette habitation extra légale, ou bien qu'ils pourraient s'y introduire avec la simple autorisation du mari, qui dans l'espèce n'aurait jamais habité là et pourrait ignorer les objets que ces lieux renferment. Cette conclusion nous paraît devoir être rejetée ; elle aurait pour effet de priver de garanties toute une catégorie d'individus.

Les règles du droit civil ne doivent pas s'appliquer en ces matières, où il ne s'agit pas de garantir des intérêts pécuniaires, mais de préserver la sécurité, les secrets de la vie intime de chacun. Tout le monde a droit indistinctement de jouir de la liberté, les mineurs, les femmes mariées comme les autres. Appliquer ici les règles de droit civil, ce serait consacrer à leurs dépens la plus choquante injustice.

Perquisitions mobilières. — Doit-on considérer comme un acte ne pouvant émaner que d'un magistrat instructeur le fait d'ouvrir ou de faire ouvrir des meubles, armoires, bureaux, coffres contenant des objets ou des documents, se rapportant à un délit ?

Les avis sont partagés sur ce point. La doctrine, partant de ce principe que la loi se bornant à proclamer le principe de l'inviolabilité du domicile, on ne peut pas, sans un abus de langage, étendre ce mot au delà de

son sens naturel. Ce n'est pas tout ce qui est contenu dans une habitation que les textes de nos constitutions protègent, c'est seulement l'accès de l'habitation. En conséquence, dès qu'un fonctionnaire s'est introduit légalement chez un particulier, il n'est pas contraint à respecter le secret des meubles même fermés à clef qu'il peut y rencontrer (1).

La jurisprudence, au contraire, décide que le mot domicile dans le texte de l'esprit de la loi pénale, est une expression complexe dont le sens comprend non seulement le logement et chacune de ses parties, mais encore les meubles qui y sont contenus, renfermant les secrets de la vie privée et de la famille (2).

Il faut en conclure qu'au point de vue de la gravité, la perquisition mobilière peut être assimilée à la perquisition domiciliaire, qu'elle ne doit être ordonnée en conséquence que par un magistrat instructeur.

La théorie de la jurisprudence, dont nous apprécions le libéralisme, n'est pas à l'abri de toute critique. Il nous semble qu'en le déduisant du principe de l'inviolabilité du domicile, les tribunaux ont, en premier lieu, étendu abusivement, comme le prétend la première théorie exposée ci-dessus, le sens que peut comporter logiquement le mot domicile. Il désigne l'habitation personnelle du citoyen et de sa famille, il ne saurait

1. Garraud, précité, p. 1909.

2. Paris, 22 juin 1849. D. 51. 2. 114.

désigner en aucune façon le mobilier qu'elle contient. En second lieu, le fondement que la jurisprudence donne à sa théorie ne lui permet pas de lui attribuer le développement rationnel qu'elle doit comporter. En effet, ce que la loi se bornerait à protéger, ce serait le secret des meubles garnissant le domicile d'un citoyen, les meubles se trouvant autre part, comme ceux qui sont déposés dans un garde-meuble, dans des magasins généraux, dans une gare, le coffre-fort loué dans un établissement de crédit, le bureau d'un employé travaillant chez son patron, ne sauraient bénéficier d'aucune immunité, l'autorité aurait le droit de les visiter, d'en forcer les serrures comme bon lui semblerait.

De pareilles conséquences si funestes à la liberté individuelle nous semblent inadmissibles. Nous avons déjà dit que la loi s'attachait non moins à protéger la tranquillité et l'indépendance de la personne que son domicile, que dans l'esprit de notre législation moderne, le respect de l'habitation n'était qu'une application du principe beaucoup plus large de l'inviolabilité de la personne humaine.

Il nous paraît en conséquence nécessaire de faire découler le respect du secret des meubles, en quelques lieux qu'ils se trouvent, de ce grand principe de liberté. La perquisition mobilière est donc par elle-même un acte d'instruction et la police ne peut avoir le droit par exemple de fracturer la serrure d'une malle déposée à la consigne d'une gare de chemin de fer.

Néanmoins, il est évident que si des objets mobiliers se trouvaient abandonnés dans un dépôt public, si leur propriétaire était inconnu, et si on les soupçonnait de renfermer des documents se rattachant à un délit, la police pourrait recouvrer son initiative. Mais dans cette hypothèse il convient d'agir encore avec beaucoup de circonspection, des abus étant si faciles à commettre et les atteintes à la liberté pouvant être si préjudiciables.

Il est à peine besoin de mentionner que ces principes que nous venons d'exposer ne s'appliquent pas lorsqu'on découvre des objets abandonnés dans des lieux publics.

§ 2. — PERSONNES SOUMISES AU DROIT DE PERQUISITION

Après avoir essayé de définir ce qu'on doit entendre par ce mot perquisition, il convient d'indiquer maintenant quelles personnes peuvent être soumises à ces investigations.

En principe, le droit de la justice ne s'étend que sur les individus reconnus comme les auteurs d'un délit. Néanmoins il est nécessaire qu'au cours de l'information, les magistrats instructeurs procèdent à des recherches chez un grand nombre de personnes, qu'ils soupçonnent à tort ou à raison, de détenir des objets utiles à la manifestation de la vérité. La loi pénale a donc été contrainte à investir certains fonctionnaires du droit de perquisitionner sur toutes personnes et chez tous

citoyens. Mais il convient d'insister sur ce point, c'est que ces actes d'autorité, qui infligent un préjudice réel à des individus qui ne sont pas encore reconnus coupables ou à des tiers innocents qui n'ont commis d'autre faute que celle de posséder des objets se rattachant à un délit, n'ont d'autre fondement que la nécessité, qu'en conséquence ils ne doivent être pratiqués que lorsqu'ils sont indispensables pour assurer le but de l'instruction.

La jurisprudence se basant sur la généralité des textes qui créent, au profit du magistrat instructeur, le droit de perquisitionner, autorise ces mesures d'investigation à l'égard de tous. Elle s'en remet sur ce point au tact, à la prudence, aux qualités professionnelles de l'agent qui les ordonne (1).

Examinons sommairement les différentes catégories de personnes qui peuvent être soumises à l'exercice du droit de perquisition. D'après une première classification, on peut distinguer des autres en premier lieu les citoyens qui exercent une profession soumise de plein droit à la surveillance de l'autorité, ceux dont les magasins sont ouverts au public, tels que les débitants ou les marchands en gros. Ils forment un ensemble de personnes qui, pour ainsi dire, ont renoncé par le fait même de l'exercice de leur profession aux

1. Duvergier, t. I, p. 434. — Dalloz. *Rép.* V^o Inst. crim., n^o 340.

garanties individuelles que la loi assure au reste des citoyens. C'est ainsi que la recherche du gibier ou du poisson peut être faite en temps prohibé chez les aubergistes, chez les marchands de denrées comestibles (1). Les perquisitions dont ces commerçants peuvent être l'objet ne sont pas à proprement parler des atteintes à la liberté individuelle, et l'on peut soutenir avec une apparence de raison que la loi les ayant soumis dans un grand nombre d'hypothèses à des visites constantes de l'autorité, ils ne sauraient bénéficier d'une entière immunité vis-à-vis des actes de contrainte tels que les perquisitions. On devrait admettre en conséquence le droit absolu pour les agents de l'autorité de se livrer à toutes recherches utiles chez les commerçants ou sur leur personne, au mépris des règles générales qui protègent l'ensemble des citoyens. Un commissaire de police, simple officier de police judiciaire pourrait ainsi perquisitionner en toute hypothèse chez un hôtelier. Cette conclusion ne nous paraît pas conforme aux principes de la liberté. S'il est vrai que la loi soumet certains commerçants à des perquisitions elle ne soumet pas l'ensemble des commerçants qui exercent une profession exigeant l'accès du public dans leurs magasins à un droit général de perquisition. D'autre part, elle ne permet ces actes d'autorité que dans l'hypothèse

1. Loi du 31 mai 1865, a. 7. — Loi 1844, a. 4.

où il s'agit de rechercher la preuve de certains délits que seul l'exercice de leur profession leur donne l'occasion de commettre. En dehors du cas où un commerçant est soumis aux perquisitions de certains agents pour la recherche d'un délit déterminé, il nous paraît impossible de dire que les commerçants sont en dehors des règles du droit commun, et que toute espèce d'atteinte à leur liberté individuelle pour la recherche d'un crime ou d'un délit ordinaire est justifiée par la loi. D'ailleurs, tout le monde est d'accord pour soutenir que lorsqu'une perquisition doit s'étendre au domicile même du commerçant, les règles générales qui protègent le domicile des citoyens reprennent leur empire. Nous estimons donc que si les commerçants sont soumis au droit de perquisition du magistrat instructeur, ce n'est pas en vertu de l'exercice de leur profession, mais en vertu des règles générales qui régissent cette matière.

La seconde catégorie des citoyens non commerçants est soumise aux actes d'autorité sans réserves d'après la jurisprudence. Il y aura lieu d'examiner ultérieurement s'il n'y a pas quelques réserves à faire à cet égard.

Inculpés et tiers. — Parmi les personnes chez lesquelles on peut perquisitionner, on peut en distinguer plusieurs sortes : les inculpés, les complices, les tiers, les victimes même du délit. La jurisprudence admet en principe, ainsi que nous l'avons dit, que tous ces individus sont soumis au droit de perquisition. Mais il convient de

rechercher en vertu de quels principes on peut perquisitionner chez eux ou sur eux, et s'il n'y a pas lieu d'exiger la présence de certaines conditions.

En premier lieu, le prévenu peut être détenu ou libre. Dans ce premier cas, les charges pesant sur lui ont été assez graves pour ordonner son arrestation, elles doivent par conséquent suffire à justifier cette mesure d'autorité moins grave qui est la perquisition. Le titre de la perquisition nous paraît être l'arrestation même du prévenu. Si ce dernier est libre, la loi autorise encore formellement la perquisition opérée chez lui (et par analogie), la perquisition sur sa personne, toujours en vertu de l'inculpation dont il est l'objet (1).

Nous pouvons en conclure que chez l'inculpé les règles de la perquisition peuvent être assez larges. Le magistrat instructeur, à raison de l'inculpation basée sur certains faits qu'il dirige contre son prévenu, peut perquisitionner chez lui dans l'espérance de trouver des preuves de criminalité. La perquisition ne paraît pas en ce cas avoir nécessairement un objet déterminé.

L'existence de certains indices établissant que des objets se rattachant au délit se trouvent chez l'inculpé, n'est pas obligatoire. Il y a une présomption que les agents de l'autorité trouveront chez le prévenu des preuves utiles.

1. Code d'Inst. crim., a. 87.

Mais il convient de remarquer qu'à raison du caractère extraordinaire que revêt la perquisition, le magistrat instructeur n'est jamais tenu d'y procéder ; même à l'égard d'un inculpé détenu, il ne doit y avoir recours qu'en cas de nécessité. Par conséquent, si la culpabilité du prévenu est établie d'une façon évidente par d'autres moyens de preuves, aucune perquisition ne devrait avoir lieu, car cette mesure non seulement serait inutile, mais encore pourrait être préjudiciable à des tiers, aux parents de l'inculpé qui cohabitent avec lui.

Actuellement, toute perquisition au domicile de l'inculpé est permise sans restriction. Mais plusieurs projets de réformes tendent à limiter ce droit.

Un premier groupe de projets de réformes subordonne la perquisition, entendue au sens large du mot, c'est-à-dire tout acte de mainmise au domicile de l'inculpé, ou sur sa personne, sur les effets, papiers, lettres jugées utiles à la manifestation de la vérité ou sur tout autre bien de l'inculpé ou sur tout autre objet qui aura été à son usage, à la condition que le magistrat instructeur aura décerné contre l'inculpé un mandat de justice (1).

Dans un rapport sur un projet soumis au Sénat en 1882, M. Dauphin, en parlant spécialement de la violation du secret des correspondances, justifiait ainsi

1. Projet de réforme du Code d'Inst. crim., 1879, a. 39. — Proposition Girard, 1905.

cette disposition : « Les mots « s'il y a mandat d'arrêt » insérés dans le texte, ont pour but d'empêcher le retour de certains abus. La violation du secret des lettres (la violation du domicile, ou mieux, toute atteinte à la personne humaine, aurait-il pu dire) est une des plus regrettables nécessités des poursuites criminelles. Elle peut être acceptée pour convaincre un inculpé, jamais pour le rechercher et le découvrir. »

Dire qu'une perquisition ne saurait avoir pour objet de découvrir ou de rechercher un inculpé nous paraît être une affirmation exagérée. La perquisition au contraire aura très légitimement pour objet de savoir en quel lieu un inculpé s'est réfugié et d'amener ainsi son arrestation. Exiger qu'il y ait un mandat décerné pour autoriser cet acte de contrainte, souvent indispensable à l'égard d'un individu, c'est s'exposer à sacrifier souvent les plus légitimes intérêts de la société.

D'ailleurs il arrivera souvent que le fait de décerner un mandat sera impossible. Car pour décerner un mandat, il faut au moins avoir réuni d'abord des renseignements qui permettent d'identifier l'inculpé, d'indiquer son signalement et les noms qu'il a pris ou qu'il possède d'une manière suffisante pour que la police puisse utilement faire des recherches. Avant que les renseignements nécessaires soient obtenus, il arrive souvent qu'on découvre le lieu où le produit du vol a été déposé. Faut-il, sous prétexte qu'un mandat d'amener ou d'arrêt n'a pas encore été décerné, interdire une

perquisition, qui peut-être fera découvrir l'identité du voleur ou qui permettra au légitime propriétaire de rentrer en possession des objets qui lui ont été soustraits? Ou bien faudra-t-il dans cette hypothèse astreindre le magistrat instructeur à accomplir une simple formalité qui consisterait à délivrer contre X..., sans autre indication, un mandat que le magistrat se gardera bien d'envoyer à la gendarmerie ou à la police, ce mandat n'étant susceptible d'aucune exécution? On peut citer de nombreux exemples de perquisitions faites dans l'hypothèse où l'identité du voleur n'est pas encore établie, et qui ont fait retrouver, soit dans des dépôts du Mont-de-Piété, soit chez un changeur, des objets, bijoux ou titres provenant d'un vol ou d'un abus de confiance. Ces perquisitions sont d'ailleurs quelquefois sollicitées par les personnes mêmes chez lesquelles les objets ont été déposés, en vue de dégager complètement leur responsabilité. Ces observations qui ont été présentées pour combattre l'exigence d'un mandat décerné contre l'inculpé (1) nous paraissent convaincantes, elles nous décident à écarter cette condition. D'ailleurs dès 1882 le Sénat s'en est rendu compte, et, à la suite des critiques qui furent soulevées, elle avait été supprimée à la seconde lecture.

Néanmoins un projet de loi déposé par M. Clemenceau en 1907 reprenant la même idée et l'exagérant

1. *Revue Pénitentiaire*, 1905, p. 73.

encore, portait (1) que le magistrat instructeur ne pouvait se transporter pour perquisitionner au domicile de l'inculpé, sauf le cas de flagrant délit ou de fuite, qu'après son premier interrogatoire. M. Monis, dans son rapport au Sénat a combattu cette opinion.

« Il est certaines affaires, dit-il, telles que celles d'espionnage ou de faux monnayage dans lesquelles il faut agir avec la dernière célérité et où il suffit de donner l'éveil pour que l'inculpé, ses complices, ses parents, ou ses amis, puissent faire disparaître immédiatement toutes traces du crime. Au surplus, ajoute-t-il, la garantie du projet est illusoire, puisque le premier interrogatoire est de pure forme et n'éclaire nullement le magistrat instructeur sur le fond de l'affaire. Enfin l'erreur, conclut-il, est de considérer la visite comme plus grave que l'arrestation, ce serait compromettre le succès de la poursuite sans garantie sérieuse pour l'individu. »

Ces raisons nous semblent imposer pour le rejet de cette condition que certains ont estimé nécessaire à la validité d'une perquisition.

Une proposition de loi déposée à la Chambre en novembre 1903 par MM. Léonce de Castelnau, Grosjean, Ollivier, Ch. Benoît, Lerolle, de Laurens, Castelet, Joseph Brisson (Gironde), Arnal, Rousseau, de Halgouet, n'envisage plus la perquisition comme une mesure ne pouvant être employée qu'à l'égard d'un

1. Projet Clemenceau, a. 6, 1907.

individu déjà sous la main de la justice, elle se place à un autre point de vue, celui de la gravité de l'infraction commise et de l'absence de garanties que présente un individu non domicilié ou récidiviste. En conséquence, elle prévoit deux hypothèses : celle d'un prévenu domicilié ou non repris de justice, et dans ce cas une perquisition ne peut être opérée qu'autant qu'il est inculpé d'un crime ou d'un délit passible d'une peine dont le maximum est supérieur à deux ans d'emprisonnement ; et celle d'un prévenu non domicilié ou en état de récidive légale, il suffit alors que la prévention soit dirigée contre lui à raison d'un fait punissable, d'une peine d'emprisonnement quelconque pour que la perquisition soit autorisée. Il en résulte qu'aucune perquisition ne sera possible chez l'individu domicilié et non repris de justice qui a commis un abus de confiance, même dans le but de retrouver les objets qu'il a détournés. Cette conséquence nous empêche d'approuver la proposition dont il s'agit.

De l'examen de ces différents projets de réformes, nous devons conclure que la perquisition chez l'inculpé doit être autorisée en tout état de cause. Non seulement elle est utile, mais elle est nécessaire. Il y a lieu sans doute d'empêcher des abus, mais on y parviendra, non pas en créant une sorte d'immunité au profit des malfaiteurs, mais en réglementant les perquisitions, en exigeant la présence de l'inculpé, s'il est détenu, dans

le cas contraire celle de témoins destinés à garantir la régularité de l'acte. C'est la question que nous étudierons ultérieurement quand nous aborderons l'examen des formalités de la perquisition.

Si la perquisition est parfaitement légitime chez le prévenu, elle ne l'est pas moins chez les complices. La prévention de complicité est un titre suffisant à la perquisition. Le magistrat instructeur, en même temps qu'il informe contre l'auteur principal, a le pouvoir d'inculper tous les complices que l'enquête révélera. On pourrait penser et c'est ce qui se passe malheureusement en pratique, qu'il tient de la loi le droit d'exercer toute mesure de contrainte à l'égard de n'importe quel individu en se fondant sur une présomption de complicité qui pourrait exister entre cette personne et l'auteur principal du délit. Cette manière de procéder ne nous semble pas conforme aux principes de liberté. La prévention de complicité comme celle de criminalité au principal doit être basée sur des faits. Il ne suffirait pas non plus que le magistrat instructeur soupçonnât un individu de complicité pour qu'il pût valablement ordonner une perquisition à son domicile. Le soupçon n'est qu'une opinion plus ou moins justifiée, ne reposant sur aucune preuve ou indice. C'est ainsi qu'on ne pourrait pas perquisitionner chez un parent, un ami, un concubin de l'inculpé, à raison d'une complicité hypothétique résultant de leur seule qualité. Au contraire,

si des indices ou des faits matériels viennent corroborer l'opinion que ces personnes ont pu prêter leur concours à la préparation ou à la perpétration du délit, rien ne s'oppose plus à l'emploi d'un moyen de contrainte quelconque à leur égard.

On s'est demandé si le fait d'une dénonciation par lettre anonyme était suffisant à justifier une perquisition chez une personne. A notre avis, il faut résolument écarter la dénonciation anonyme comme indice suffisant. Le magistrat instructeur qui la reçoit doit vérifier l'exactitude des faits qu'elle révèle, chercher à établir le degré de véracité qu'elle peut avoir. Si d'autres faits la rendent vraisemblables, c'est alors seulement qu'il peut être permis d'en faire état.

La loi ne se borne pas à autoriser la magistrat instructeur à perquisitionner chez l'auteur présumé de l'infraction et chez ses complices, elle lui donne le droit de pénétrer chez tous les citoyens et d'employer contre eux toutes les mesures de contrainte utiles. C'est évidemment une des prérogatives les plus dangereuses que possèdent les agents de l'autorité.

La jurisprudence semble reconnaître au magistrat instructeur le droit le plus étendu à cet égard. Sur un simple soupçon, ce dernier peut perquisitionner chez un tiers pour retrouver des objets se rattachant à un délit. Il ne s'agit plus ici d'employer une mesure de contrainte vis-à-vis d'un individu qu'on présume être un complice, il s'agit d'envahir le domicile d'un citoyen paisible chez

lequel, par exemple, on a caché à son insu des objets délictueux, ou bien qui a acquis de très bonne foi ou reçu en dépôt des objets que le magistrat estime devoir servir de preuves devant la juridiction du jugement. Personne ne peut être à l'abri de pareilles atteintes ! Mais si d'après la jurisprudence, les agents de l'autorité possèdent tous les pouvoirs, il est logique de dire que le magistrat qui informe doit distinguer avec le plus grand soin ce qui regarde son inculpé et ce qui touche aux intérêts des tiers. S'il peut agir pour ainsi dire à sa guise envers l'individu qu'il détient ou qu'il inculpe formellement d'être l'auteur d'un délit, il doit user de sa plus grande réserve à l'égard de l'autre.

Chez l'inculpé, il peut, avons-nous dit, perquisitionner en vue de *trouver quelque chose*, mais non chez les tiers, et une pareille pratique nous paraîtrait illégale. Le magistrat instructeur doit en premier lieu avoir acquis la preuve ou tout au moins posséder des indices graves que la personne chez laquelle il se rend détient des objets utiles à la manifestation de la vérité. Ensuite, il doit savoir quels objets il veut rechercher ; une perquisition chez un tiers sans but déterminé, au hasard, est à notre sens un grave abus. C'est ainsi qu'à la suite d'actes de violences exercées sur la personne de M. le Président de la République par un abonné du journal *Le Jaune*, le magistrat instructeur en vue d'opérer une perquisition dans les bureaux de ce journal fit apposer

les scellés sur les portes de ces bureaux. M. Biétry, député directeur du journal, brisa ces scellés, alléguant que cette mesure était arbitraire et illégale. Dans l'état actuel de la jurisprudence, il est hors de doute qu'une apposition de scellés ou une perquisition chez un tiers, ne soit autorisée. Mais il est permis au point de vue de la liberté de regretter qu'on puisse, sous prétexte de rechercher les origines et la préparation d'un délit, sans savoir exactement quels documents on pourra saisir, porter à la propriété privée cette atteinte brutale qu'est la perquisition domiciliaire ou l'apposition de scellés, l'interdiction pour le propriétaire de pénétrer chez lui et quand on songe qu'il s'agit ici d'un journal, dont la publication quotidienne ou périodique ne peut être suspendue sans grave dommage, on peut s'étonner qu'il suffise pour fermer ses portes qu'un délinquant figure parmi ses abonnés.

Partant de ce principe que des garanties plus strictes s'imposent lorsqu'il s'agit de perquisition au domicile de tiers, certains ont cherché à trouver des limites au pouvoir du magistrat instructeur dans l'interprétation littérale des textes. Le Code d'instruction criminelle (1) dispose que le juge d'instruction pourra se transporter dans tous les lieux où il présumerait qu'on aurait *caché* les objets jugés utiles à la manifestation de la vérité. On soutient alors que les agents de l'autorité ne peuvent

1. Code Inst. crim., a. 88.

pénétrer que chez les individus sur lesquels pèsent une présomption de culpabilité ou de complicité, résultant de ce fait que les objets ont été cachés chez eux. Mais la perquisition serait impossible, chez les tiers de bonne foi, qui détiennent les objets d'une manière évidente et non clandestine. Seraient ainsi à l'abri d'actes de contrainte les marchands, les particuliers, les changeurs qui ont acheté ou reçu en dépôt certaines pièces à conviction ; on pourrait seulement, semble-t-il, les engager à remettre les objets qu'ils détiennent ; on pourrait encore perquisitionner chez eux, mais sur leur demande expresse. Cette théorie nous paraît entraîner des conséquences inadmissibles. Il suffirait du refus d'un tiers de livrer des pièces à conviction pour entraver la marche du procès pénal et amener un acquittement faute de preuves suffisantes. Cette opinion nous paraît contraire à l'esprit de la loi qui a subordonné tous les intérêts particuliers à l'intérêt général, à la manifestation de la vérité. Il nous semble d'autre part qu'il est difficile de fonder cette théorie sur les textes actuels. On ne peut exiger pour la validité d'une perquisition dans un lieu quelconque la condition que les objets y ont été dissimulés sciemment et de mauvaise foi sans un abus de langage. Ce que la loi semble dire, c'est que les recherches peuvent être faites partout où se trouvent des objets se rattachant à un délit. Par le fait même que les objets se trouvent autre part que chez l'auteur de l'infraction ils sont dissimulés à la justice,

qui est obligée de les rechercher chez les tiers acquéreurs ; ils sont réellement *cachés*. La loi n'a jamais exigé que les perquisitions ne puissent avoir lieu que chez les particuliers qui recèlent sciemment des objets délictueux et cherchent à les soustraire à la connaissance de la justice. Une pareille disposition serait d'ailleurs inutile, car des tiers de mauvaise foi sont des complices par recel et la question ne saurait se poser de les garantir contre les mesures d'autorité que le magistrat instructeur pourrait être amené à prendre contre eux.

Certains projets de réformes, telles que les propositions de la loi Clemenceau (1905) et de Castelnau (1904) subordonnent à une ordonnance motivée de la Chambre du conseil le droit pour les magistrats instructeurs de perquisitionner dans un domicile autre que celui de l'inculpé. Un pareil projet, qui modifie sensiblement les règles de la procédure criminelle actuelle, en établissant en ces matières la juridiction de la Chambre du conseil, nous paraît devoir entraîner quelques lenteurs dans la marche de l'instruction. Il nous semble, d'ailleurs, que cette garantie serait peu efficace, si les règles de fond relatives aux perquisitions n'étaient pas modifiées, on pourrait toujours perquisitionner chez les tiers d'une manière très large et arbitraire, non plus en vertu d'une ordonnance du magistrat instructeur, mais en vertu d'une ordonnance des magistrats composant la Chambre du conseil. Où serait donc la différence ?

Nous pensons donc qu'il importe surtout de préciser les conditions dans lesquelles doivent être effectuées les perquisitions chez les tiers. Au lieu de laisser à l'interprétation toujours discutable des textes les règles qui régissent cette matière, il conviendrait que la loi, d'une part, exigeât de façon expresse que certaines présomptions graves et concordantes puissent rendre vraisemblable la présence des pièces à conviction chez les tiers, que les agents de l'autorité ne puissent pénétrer dans un domicile autre que celui de l'inculpé que pour y rechercher des objets déterminés, et qu'après une mise en demeure formelle adressée au propriétaire ou détenteur d'avoir à livrer les documents *absolument utiles* à l'information. D'une part, la présence des parties devrait être rigoureusement exigée pour la validité de ces opérations. C'est sur ce dernier point que nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement.

Les recherches effectuées au domicile ou sur la personne des victimes des infractions nous paraissent être également légales dans l'état actuel des textes. Mais l'emploi d'actes de contrainte vis-à-vis de cette catégorie de personnes ne doit avoir lieu qu'avec les plus grands ménagements. La plupart du temps, d'ailleurs, ces recherches seront inutiles, car la victime ou ses parents s'empresseront de fournir à la justice tous les renseignements qu'elle leur demandera. Mais on peut prévoir l'hypothèse où la victime désire que des

poursuites ne soient pas intentées, ou cherche à dissimuler les véritables auteur du délit. Dans ce cas, le magistrat instructeur pourra agir par acte d'autorité à l'égard de la victime de l'infraction. Mais en dehors de cette hypothèse, nous estimons qu'il ne doit avoir recours à ces actes qu'après une mise en demeure formelle, qu'en cas de résistance justifiée, et qu'avec la plus grande circonspection. Un magistrat qui aurait méconnu ces règles de convenances en ordonnant spontanément des perquisitions sans objet déterminé au domicile de la victime d'un délit sans avoir acquis la preuve de la mauvaise volonté de cette dernière, commettrait un grave abus. Il ne nous paraîtrait pas hors de propos de réglementer quelque peu ces perquisitions qui peuvent violer le secret de la vie intime de certains citoyens à l'égard desquels la justice ne possède aucun droit de contrainte.

§ 3. — LIEUX OU LES PERQUISITIONS PEUVENT S'EXERCER

Le magistrat instructeur peut perquisitionner en tous lieux (1). Mais ce droit ne s'étend que sur les lieux qui sont présumés receler les pièces à conviction.

Certains auteurs (2) estiment que l'intérêt de la justice veut que les perquisitions aient lieu partout où les

1. Code Inst. crim., a. 88.

2. F.-Hélie, t. IV, de l'Inst. crim., n° 1807.

objets ont été dissimulés. Suivant eux, il importe peu que le lieu où le magistrat instructeur croit devoir se transporter soit public ou privé, qu'il soit le siège d'un service général, qu'il tienne lieu de magasin à un commerçant ou qu'il soit la demeure d'une famille, la loi n'a posé aucune limite ; tous les intérêts, tous les droits s'inclinent devant ceux de la justice. La destination des lieux, leur affectation à tel ou tel emploi peuvent seulement motiver, suivant les circonstances, une circonspection plus grande, une réserve plus sévère. En conséquence, ces auteurs concluent que le droit de transport en tous lieux est incontestable aux magistrats instructeurs, ils ne font quelques réserves que sur le point de savoir s'il y a lieu de faire telle ou telle perquisition, de saisir tels ou tels objets qu'un intérêt important peut protéger dans une certaine mesure.

Une seconde théorie estime que l'article 88 du Code d'instruction criminelle se borne à poser un principe, sans avoir la prétention d'envisager toutes les hypothèses possibles. Donc toutes les fois qu'un intérêt non moins élevé, non moins précieux que celui de la justice elle-même s'opposera à ce que les agents de l'autorité pénètrent dans un lieu, son accès leur sera totalement interdit. C'est ainsi que le principe de l'immunité parlementaire rendrait inviolable non seulement le domicile des représentants du peuple, mais encore les lieux où ils jugent utile de tenir des réunions entre eux.

C'est encore le principe de la liberté de la presse qui interdirait les transports de justice dans un bureau d'un journal. Celui du secret professionnel qui édicterait la même défense à l'égard des cabinets d'avocats et des études d'avoués et celui de la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires à l'égard des perquisitions opérées dans les mairies, ministères, locaux de l'administration centrale. D'après cette théorie, nombreux seraient les lieux qui obtiendraient une immunité totale, car les principes qui les protègent peuvent être l'objet d'interprétation fort large et les auteurs peuvent en multiplier le nombre indéfiniment. Dans la pratique, cette théorie est consacrée en fait. Le magistrat instructeur, qui proclame théoriquement son omnipotence, n'hésite pas à ajourner ses opérations, à en référer à ses supérieurs hiérarchiques toutes les fois qu'il s'agit pour lui d'opérer une perquisition d'une nature assez délicate. Cette méthode nous paraît préjudiciable à la dignité et à l'indépendance du magistrat instructeur; elle amène une ingérence constante du pouvoir central par voie d'ordres et de recommandations dans des affaires qui devraient être confiées sans réserves à l'impartialité d'un fonctionnaire inamovible, par exemple, dans les affaires politiques. Il serait utile que la loi dégagât d'une manière formelle quelques principes et exigeât leur respect absolu des agents de l'autorité. Dans les autres matières, le magistrat instructeur recouvrerait sa complète indépendance.

Jusqu'à présent les projets de réformes n'ont cherché qu'à faire respecter d'une manière plus libérale un seul de ces grands principes sociaux ou politiques, le secret des correspondances privées.

Dans l'état actuel des textes il nous paraît nécessaire de nous rallier à la théorie de Faustin-Hélie, qui ouvre l'accès de tous les lieux aux représentants de la justice, et ne fait quelques réserves aux droits des magistrats instructeurs qu'au point de vue de la saisie par eux de certains objets.

§ 4. — OBJET DES PERQUISITIONS. — CONSÉQUENCES

En général la perquisition a pour but de saisir et de mettre à la disposition de la justice les objets nécessaires à la manifestation de la vérité. C'est ainsi que le magistrat instructeur pourra se transporter chez un banquier pour saisir des titres volés qui lui ont été remis ou qu'il a achetés. Mais il peut être utile aux agents de l'autorité de constater l'état des lieux où un délit a été commis ou bien de consigner par procès-verbal certains faits importants ; de cet examen des lieux on peut déduire des renseignements utiles. Le procès-verbal dressé par le magistrat à cette occasion est destiné à servir de preuves devant la juridiction de jugement. L'ancienne jurisprudence estimait que le juge instructeur devait se transporter pour dresser des procès-verbaux dans les cas susceptibles de vérifi-

cation (1). Notre Code d'instruction criminelle s'est inspiré de la même idée (2). Les cas où le magistrat instructeur doit se transporter sont laissés à sa libre appréciation. Avec juste raison la loi n'a pas posé de limites à cet égard, car comment aurait-elle pu définir les circonstances où la vérification personnelle du juge aurait été autorisée, comment prévoir tous les cas où la justice peut éprouver le besoin d'une inspection et comment la priver, lorsqu'elle ressent un doute, d'un moyen certain de l'éclaircir ?

Il existe deux espèces de constatations : celle qui est effectuée dans les lieux publics et qui ne porte pas par conséquent atteinte à la liberté du domicile, et celle qui exige l'ouverture des habitations privées. La première peut être pratiquée sans aucune restriction que celle qui peut résulter de l'économie des frais de justice. La seconde doit être restreinte au cas de nécessité reconnue, car elle peut être une atteinte aux secrets de la vie privée. C'est ainsi que la perquisition qui a pour objet de dresser un procès-verbal constatant le flagrant délit d'adultère ne doit avoir lieu que si le délit ne résulte pas d'autres preuves et si les renseignements recueillis au préalable établissent le bien-fondé de la plainte déposée par l'autre conjoint.

Le droit de perquisition qui est un acte de contrainte

1. Muyart de Vonglans. *Institutes*, p. 224.

2. Code d'Inst. crim., a. 32, 47, 62, 87, 88.

comporte nécessairement celui de faire ou d'ordonner tout ce qui est propre à y parvenir. Le magistrat instructeur peut donc faire ouvrir de force la maison et les appartements dans lesquels il a l'intention de pénétrer, il peut faire fracturer tous les meubles qu'ils renferment, si l'on refuse de lui faciliter l'accès ou l'ouverture des lieux où il perquisitionne. Il peut même faire procéder par la violence à la fouille des personnes suspectes.

A cet effet, ces magistrats peuvent requérir l'assistance d'huissiers, des agents de police administrative et de la force publique ; ils peuvent s'entourer d'experts ou employer des ouvriers propres à faciliter leurs opérations (1).

1. Mangin. *Instruction écrite*, t. I, n° 92.

CHAPITRE II

EXERCICE DU DROIT DE PERQUISITION

A. — *Cas ordinaires. — Caractères de ce droit*

Le Code d'instruction criminelle a attribué, en principe, aux juges d'instruction seuls, le droit de perquisitionner au cours de l'information, qui précède les débats devant le tribunal répressif (1).

C'est donc un droit ordinaire et régulier que possèdent ces magistrats. Il est la conséquence directe de leurs fonctions. Aussi, la jurisprudence interprète-t-elle d'une manière très large les pouvoirs du juge d'instruction. D'après elle, le juge possède les droits les plus étendus ; il ne trouve pas de bornes dans le caractère de l'infraction, puisque la loi ne distingue pas si elle constitue un crime ou un délit, une infraction de droit commun ou de nature spéciale, puisqu'elle ne distingue pas selon la date de sa perpétration, puisqu'elle ne distingue pas non plus selon la nature des lieux, où les visites domiciliaires doivent être opérées.

1. Code d'Inst. crim., a. 87, 88.

Mais la doctrine estime que le droit de perquisition du juge, quelque général qu'il soit, quelque étendus que soient les termes de la loi, n'est lui-même qu'une exception au principe constitutionnel qui a consacré l'inviolabilité de la personne humaine et de son domicile. A raison donc de la gravité de l'atteinte que ce pouvoir porte aux droits du citoyen, il semble qu'on doive le considérer avant tout comme un moyen extraordinaire de recherches que le juge ne doit employer que dans le cas où il est indispensable à l'instruction des affaires criminelles. Il convient, ensuite, d'interpréter très restrictivement les termes que la loi emploie pour le définir ; seule, la réunion d'un certain nombre de circonstances pourra justifier une perquisition. Chaque fois que le droit de perquisition se heurtera à un principe social ou de moralité, comme le secret des correspondances, le respect du secret professionnel, il devra s'incliner. Enfin, comme la loi n'envisage que la visite domiciliaire, toute autre mesure de contrainte, telle que les fouilles sur la personne même de l'individu, les recherches dans les objets mobiliers appartenant à un citoyen, devront être prohibées.

Quant à nous, nous estimons que d'après les textes, d'après l'esprit général de notre législation, le droit du juge d'instruction est un droit ordinaire et régulier, dont l'application d'ailleurs délicate est confiée à la prudence du magistrat.

Aussi n'hésiterons-nous pas à reconnaître au juge d'instruction un droit très large de perquisition, qui ne trouvera de limites que dans les exceptions formellement visées dans les textes ; et nous assimilerons aux perquisitions toutes les autres mesures de contrainte qui peuvent être nécessaires à la manifestation de la vérité. Mais nous reconnaissons volontiers que ces atteintes si graves pour la liberté individuelle ne doivent être pratiquées que dans les cas de nécessité.

A notre avis, les seules garanties que la loi ait entendu donner aux justiciables résident dans les qualités professionnelles du juge et dans les différents caractères de sa fonction. Le juge d'instruction, assisté de son greffier, constitue un premier degré de juridiction, chargée non pas de statuer sur le fond du procès, mais sur les présomptions, indices ou preuves recueillis contre l'inculpé. Ce premier caractère de sa fonction résulte de l'esprit de la loi qui exige que l'information soit dirigée tant à la charge de l'accusé qu'à sa décharge.

La mission du juge a pour but avant tout de faire la lumière sur les faits qui lui sont dénoncés. C'est en présence des éléments qu'il recueille au cours de son enquête que ce magistrat décide s'il y a lieu d'ordonner une mesure aussi grave que la perquisition et nous verrons ultérieurement quelles sont les conditions nécessaires et suffisantes pour justifier l'emploi de ces actes de contrainte. En second lieu, le juge est placé par la loi

comme un tiers, comme un arbitre entre l'inculpé et le ministère public qui poursuit. Il doit tenir la balance égale entre ces intérêts différents.

Ce magistrat ne doit pas se considérer comme uniquement chargé d'exercer l'action publique et par conséquent songer seulement, comme cela se voit malheureusement dans la pratique, à apporter des matériaux à l'accusation. Le juge d'instruction doit par exemple se refuser à procéder à des perquisitions vexatoires, inutiles, abusives à l'encontre d'un inculpé, alors même qu'elles seraient réclamées par la partie poursuivante.

Il convient d'autre part de remarquer que la direction de l'information n'est pas remise entièrement au gré du juge d'instruction. Ce dernier a pour collaborateur un autre magistrat, le procureur de la République, qui peut le conseiller, le surveiller à l'occasion. Cette intervention du parquet a paru à certains une sérieuse protection accordée par la loi à l'inculpé. Mais il ne faut pas exagérer la portée de cette intervention. Sans douter de la prudence et de l'équité du procureur de la République, il faut reconnaître que, si dans certaines hypothèses, il peut intervenir avec un esprit modérateur au cours de l'information, il n'en est pas moins partie poursuivante et il ne faut pas fonder grand espoir sur cette garantie qui consiste pour l'inculpé à voir intervenir souvent son adversaire, le ministère public.

La plus sérieuse protection que la loi ait accordée

aux justiciables réside encore dans le bénéfice de l'immovabilité du juge d'instruction.

En résumé, le juge d'instruction est une juridiction indépendante ; il instruit tant à charge qu'à décharge contre l'inculpé. C'est à ce titre que lui a été conféré le droit de perquisitionner.

Conditions d'exercice. — Le juge d'instruction ne peut perquisitionner que lorsqu'il a été saisi par le parquet ou par une constitution de partie civile d'un fait qualifié crime ou délit. La loi qui prohibe la mise à l'information des affaires de simple police, n'entend pas que pour une contravention qu'ils ont commise, les citoyens puissent voir leur domicile envahi par les agents de l'autorité dans le but de faire certaines constatations. Néanmoins, il se peut qu'en pratique une perquisition ait lieu en matière de contravention lorsque par erreur de qualification, une affaire de simple police a été soumise au juge d'instruction. Dans ce cas, il nous semble que ses actes soient illégaux, c'est en effet un magistrat, officier de police judiciaire, régulièrement saisi d'un fait paraissant être un délit, qui agit dans les limites de sa compétence.

La perquisition peut être naturellement pratiquée à l'occasion de contraventions punies de peines correctionnelles. Le juge d'instruction est compétent non seulement pour instruire tous les crimes, mais encore tous les délits, même ceux qui sont prévus par des lois

spéciales, tels que les délits de chasse ou les délits de contrebande, par exemple.

Ce magistrat régulièrement saisi statue sur tous les incidents de l'instruction par la voie des ordonnances. Aussi certains auteurs estiment-ils que le juge d'instruction doit rendre une ordonnance à l'effet de requérir son propre transport sur les lieux. L'obligation de rendre une ordonnance qui statue sur l'opportunité d'une perquisition nous paraît conforme à notre théorie, d'après laquelle le juge d'instruction est comme un arbitre entre l'inculpé et la partie poursuivante, chargé de décider si les indices ou preuves recueillies contre l'accusé sont suffisantes à justifier une visite domiciliaire. L'ordonnance peut être assimilée à un jugement rendu à l'occasion du conflit d'intérêts différents. Par analogie, nous estimons qu'une ordonnance doit être rendue par le juge, quand il s'agit d'exercer un acte de contrainte quelconque contre un individu, tel qu'une perquisition sur sa personne ou dans un dépôt d'objets mobiliers.

Le juge peut perquisitionner durant tout le cours de l'information jusqu'au moment où il est dessaisi par une ordonnance de non-lieu ou de renvoi devant la juridiction du jugement il peut encore opérer des perquisitions après l'ordonnance de soi communiquée au parquet (1).

1. Cass., 15 avril 1904.

Ainsi dans les cas ordinaires, le juge d'instruction ne peut perquisitionner qu'après avoir été saisi par un réquisitoire du parquet ou par une constitution de partie civile. Il convient de se demander si ce magistrat est souverain juge de l'opportunité ou de l'utilité d'une perquisition.

Indépendance du magistrat instructeur. — En premier lieu, il se peut que l'inculpé estime que ses intérêts ont été lésés par ce fait que le juge n'a pas cru devoir procéder à certaines perquisitions. La Cour de cassation a décidé qu'il n'était pas recevable à se plaindre du défaut de perquisitions ni à se prévaloir de ce que les actes prescrits par une juridiction d'instruction et offrant par eux-mêmes, comme une visite domiciliaire par exemple, le caractère d'actes d'instruction, n'aient pas été complètement exécutés (1). Cette théorie a été soutenue par Duverger (2). En effet, dans l'état actuel de la législation, à aucun moment, soit par la voie de l'opposition réglementée par le deuxième alinéa de l'article 135I., soit par la voie de la requête ou de tout autre acte concluant à la nullité, le prévenu n'est admis personnellement à saisir la Chambre des mises en accusation de la reconnaissance des vices pouvant affecter l'information préalable ; l'article 217 du Code d'instruction criminelle lui réserve seulement dans le cas qui y est prévu le droit de fournir tels

1. Cass., 27 septembre 1900. — Cass., 14 décembre 1905.

2. Duverger, t. II, p. 81.

mémoires qu'il estimerait utiles. Un recours réservé à l'inculpé contre l'ordonnance de perquisition entraverait la marche de l'instruction et ce moyen de défense se confondrait avec le droit qu'il possède de se défendre au principal. En effet, on ne concevrait pas que la faculté d'appeler puisse être exercée à l'égard d'actes qui n'ont pour but que la manifestation de la vérité, qui ne préjugent en rien du fond de l'affaire, qui ne sont que de simples décisions préparatoires. Donc, en aucune manière l'inculpé ne pourrait attaquer une ordonnance de perquisition, le juge d'instruction aurait le pouvoir de refuser de faire droit à la demande de perquisition émanant d'un inculpé et ne serait pas obligé de rendre une ordonnance constatant le fait.

En résumé, la direction de l'instruction vis-à-vis de l'inculpé est entièrement confiée au juge ; celui-ci doit seul décider par quels moyens il arrivera à établir la vérité. La loi lui impose seulement d'entendre le prévenu et sa conscience lui dicte d'informer tant à charge qu'à décharge.

Conformément à cette théorie, la jurisprudence a décidé que l'ordonnance de perquisition n'avait pas le caractère juridictionnel, que c'était un acte d'administration judiciaire. Elle ne doit donc pas être signifiée au prévenu, elle n'a pas besoin d'être communiquée à son défenseur (1).

1. Cass., 8 décembre 1899.

Certains auteurs (1) trouvent injuste que le prévenu soit privé de toute voie de recours contre les ordonnances du juge, et notamment contre celle qui ordonne une mesure aussi grave qu'une perquisition, alors que le Ministère public, qui est son adversaire, possède le droit de faire opposition, ainsi que nous le verrons plus loin. Ils estiment qu'une mesure d'instruction peut léser les intérêts de l'inculpé, sans toucher à la question de sa culpabilité. D'après eux, la distinction entre les décisions préparatoires et interlocutoires est impossible à faire en matière criminelle, l'ordonnance de perquisition au domicile d'un prévenu préjuge du fond, car elle est fondée sur une présomption de culpabilité, et en tout cas, une visite domiciliaire est de nature à causer un préjudice actuel et irréparable. Or, le recours contre toute ordonnance est de droit commun; aucun texte n'a formulé d'exceptions à l'égard du prévenu; si les ordonnances de perquisition ne lui sont pas notifiées, tout ce qu'on peut en inférer, c'est que le délai du droit d'opposition n'est pas fixé, mais on ne peut pas en induire que le droit lui-même n'existe pas.

Cette théorie libérale ne nous paraît pas de nature à être accueillie dans l'état actuel de la législation. La théorie de la jurisprudence est conforme à la tradition. D'ailleurs la loi ne crée aucun recours au profit de

1. Hélie, t. IV, n° 1628.

l'inculpé contre une décision du juge qui le met en état d'arrestation et on veut lui assurer des garanties contre une mesure qui le lèse d'une manière beaucoup moins grave. Actuellement, le seul recours que les prévenus possèdent contre les erreurs, les négligences, ou les abus de pouvoir du magistrat, qui ordonnerait une perquisition vexatoire ou inutile, est une plainte au procureur général, sous la surveillance duquel les juges d'instruction exercent leurs fonctions, ou une demande de renvoi devant un autre juge pour cause de suspicion légitime, ou la prise à partie du juge d'instruction ou enfin une requête à la Cour pour lui demander d'user de son droit d'évocation.

Il convient de nous demander en second lieu si le juge qui peut se transporter d'office chaque fois qu'une visite domiciliaire lui paraît utile dans un lieu quelconque, est tenu de déférer à une réquisition du parquet qui réclame une perquisition déterminée.

Dans la doctrine les avis sont partagés. Certains auteurs (1) écrivent que le juge d'instruction doit obligatoirement se transporter pour perquisitionner, quand il en est requis. En effet, lorsqu'elle parle du cas de réquisition, la loi dit : « le juge se transporte ». Au contraire, quand elle envisage le transport d'office, elle dit seulement « le juge pourra se transporter ». Cette

1. Carnot, t. I, p. 375. — Legraverend, t. I, p. 246.

différence dans les termes semble indiquer une distinction.

Une autre opinion a été soutenue par Mangin (1) et par F.-Hélie : la loi a employé indifféremment les mots « se transporter » et « pourra se transporter » sans leur attacher un sens différent. Ces auteurs se fondent sur les paroles de Treilhard dans l'exposé des motifs : « Il (le juge d'instruction) devra se transporter quand il en sera requis, et même d'office quand il le jugera utile ». L'orateur du gouvernement emploie donc la forme impérative aussi bien pour le transport sur une réquisition que pour le transport d'office. Comme ce dernier est essentiellement facultatif, il faudrait en conclure que le premier l'est également. D'autre part, comment comprendre que la loi soit impérative lorsqu'il s'agit de perquisitionner au domicile de l'inculpé et simplement facultative lorsqu'il s'agit de pratiquer chez les tiers des visites domiciliaires. N'arrive-t-il pas souvent qu'il soit plus urgent de procéder à des perquisitions chez les tiers que chez les inculpés ? L'argument de texte ne nous semble pas décisif : la proposition « devra se transporter » est complétée par deux autres : « quand il en sera requis » d'une part, « quand il le jugera utile » d'autre part ; l'obligation semble dépendre d'une part de la « réquisition », de l'autre de la conscience du magistrat.

1. Mangin, t. I, p. 149. — Hélie, t. IV, p. 1809.

Il ne convient donc pas de s'attacher au texte même de la loi, mais de raisonner suivant l'esprit de notre législation. La loi en remettant l'instruction aux mains d'un juge qui constitue un arbitre entre la défense et l'accusation, n'a pas dû vouloir que ce magistrat fût un simple instrument dont le ministère public pourrait se servir quand il le voudrait. Le juge doit avoir le pouvoir de déterminer et de choisir les moyens d'instruction qu'il croit nécessaires à la manifestation de la vérité, comme il doit apprécier le bien-fondé des indices qui peuvent justifier son action, il est inadmissible de le contraindre à céder sans examen aux réquisitions du ministère public.

Cependant l'article 64-1^o exige que le juge donne communication de la procédure au parquet pour que celui-ci fasse les réquisitions qu'il juge convenables ; n'implique-t-il pas la faculté pour le ministère public d'attaquer les décisions du juge qui seraient contraires à ces réquisitions ? Marcy (1) semble soustraire complètement les ordonnances de perquisition ou de refus de perquisition à l'opposition du ministère public. Il estime sans doute que la perquisition, simple mesure préparatoire, ne préjugant pas de l'issue de la poursuite, doit être considérée comme un acte non susceptible de recours aussi bien pour l'inculpé que pour le

1. Marcy. *Manuel des Juges d'Inst.*, t. II, p. 406. V^o Perquisitions et visites domiciliaires.

ministère public ; que c'est un acte remis à l'entière discrétion du magistrat instructeur, que d'ailleurs le Procureur ne peut faire opposition qu'aux ordonnances ayant le caractère juridictionnel. La jurisprudence qui considère les ordonnances de perquisition comme des décisions d'ordre administratif, met en pratique cette théorie. Ce n'est qu'après que la procédure a été communiquée au parquet, que le procureur peut demander un supplément d'information à l'effet de faire opérer telle ou telle perquisition. Mais à ce moment, il est quelquefois trop tard pour pratiquer cette mesure d'instruction et en tout cas, le procureur de la République ne possède pas le pouvoir de s'opposer à ce que le juge d'instruction opère une visite domiciliaire.

Cette théorie est combattue par F.-Hélie qui reconnaît au ministère public le droit de faire opposition à toutes les ordonnances du juge d'instruction. D'après cet auteur, les juges d'instruction sont placés sous la surveillance des procureurs généraux et ils exercent leurs fonctions sous l'autorité des Cours d'appel ; en règle générale, les ordonnances de ces magistrats ne sont pas affranchies du recours par voie d'appel ; l'article 135-1^o, qui étend à tous les cas le droit du ministère public de former opposition aux ordonnances du juge, proclame le droit absolu de la partie publique à quelques phases de la procédure et dans quelques

cas que ces ordonnances aient été rendues (1). Néanmoins, le procureur de la République ne posséderait pas d'autre droit que celui de faire opposition aux ordonnances de perquisition du magistrat instructeur. Il ne pourrait en aucune manière être autorisé par la Cour à procéder à une perquisition seul sans être accompagné du juge d'instruction (2).

La théorie de F. -Hélie nous paraît plus conforme aux principes de notre législation. Il semble bien que la loi ait entendu associer le Procureur de la République à la marche de l'instruction et, ce faisant, elle lui a reconnu le droit de faire appel de toutes les ordonnances du juge. D'autre part la distinction entre les ordonnances de pure administration et les ordonnances juridictionnelles nous paraît manquer de base.

La loi reconnaît, à la partie civile, régulièrement constituée, le droit de faire opposition aux actes, qui lèsent *ses intérêts civils*. C'est un droit exceptionnel qu'il convient d'interpréter restrictivement, car la partie civile n'a pas l'exercice de l'action publique. La jurisprudence qui méconnaît au procureur le droit de faire opposition aux ordonnances de perquisition, qu'elle considère comme mesure de pure administration judiciaire, le refuse à plus forte raison à la partie civile. La doctrine, au contraire,

1. Cass., 16 janv. 1862.

2. Cass., 30 sept. 1826.

estime qu'il appartient à la juridiction suprême d'apprécier les cas où la partie civile peut avoir un intérêt véritable à former opposition à une ordonnance. Pour nous, l'ordonnance de perquisition qui est un acte de recherche, de constatation judiciaire, se rattache évidemment à l'exercice de l'action publique et semble devoir échapper, pour cette raison, à toute opposition de la partie civile. Néanmoins, nous aurons l'occasion de voir ultérieurement qu'en pratique, certains magistrats ordonnent des perquisitions à l'effet de rechercher et de saisir non seulement des objets volés ou détournés, mais encore des sommes d'argent appartenant au délinquant, qui sont destinées à servir plus tard de garantie aux droits éventuels du plaignant ; dans cette hypothèse, il pourrait sembler que la partie civile ait un intérêt à réclamer une perquisition ou à faire opposition à l'ordonnance qui refuserait de la faire exécuter. D'ailleurs, en ce qui concerne ce cas spécial, nous estimons que cette pratique de certains magistrats instructeurs doit être condamnée ; jamais un juge d'instruction ne doit opérer de perquisitions à l'effet de saisir des objets qui ne sont pas destinés à servir de preuves du délit. D'une manière générale, nous concluons donc que, dans aucune hypothèse, la partie civile ne semble en matière de perquisitions posséder le droit de faire opposition à une ordonnance du juge.

Au cours du procès pénal, les droits des tiers subis-

sent de très importantes restrictions. Ils sont soumis aux perquisitions des magistrats instructeurs. N'ont-ils pas de recours contre un acte d'autorité, qui peut léser gravement leurs intérêts ? Lorsqu'ils ne sont pas inculpés de complicité, ils ne sont pas considérés comme parties au procès. Ils n'ont d'autre recours que la voie de la prise à partie ou la plainte au procureur général.

Le Code d'instruction criminelle (1) soumet le juge d'instruction à la surveillance du procureur général. Il convient de nous demander quels sont les effets de cette surveillance. Il paraît logique, dès l'abord, de s'en rapporter au texte et de dire que les juges d'instruction ne sont soumis à la surveillance du procureur général que quant à leurs fonctions de police judiciaire. Mais, en pratique, la distinction est bien difficile à faire entre les actes de recherche et de constatation des délits ou actes de police judiciaire, et les actes d'instruction, destinés à établir la culpabilité d'individus déterminés. La question se résume à savoir si la perquisition est un acte d'instruction ou un acte de police judiciaire. Nous étudierons ce sujet ultérieurement, mais nous pouvons dire dès à présent que le droit de perquisition participe de ces deux caractères. Sans doute, cette opération peut être considérée logiquement comme un acte de pure recherche, mais nous avons vu qu'elle était d'une nature

1. Code d'Instr. crim., a. 57, 279.

très particulière et susceptible de causer de graves préjudices ; l'appréciation de son utilité, de son opportunité est remise entièrement au magistrat instructeur qui, en complète indépendance, prend une décision juridictionnelle. A ce point de vue donc, la perquisition doit être considérée comme un acte d'instruction. D'autre part, le juge d'instruction peut valablement, à notre avis, user du droit de contrainte qu'il possède et opérer certaines constatations touchant à l'existence et aux caractères d'un fait qui lui est soumis par le Procureur, lequel, à raison des pouvoirs relativement restreints qu'il possède, serait dans l'incapacité d'agir. A ce second point de vue, la perquisition semble n'être qu'une extension du droit du Procureur qui est un droit se rattachant à une fonction de police judiciaire. La vérité est qu'il est impossible de ranger la perquisition dans l'une de ces deux catégories, actes d'instruction ou actes de police judiciaire.

La doctrine est partagée. Certains auteurs font une distinction entre les perquisitions accomplies dans les cas ordinaires et celles pratiquées en cas de flagrant délit. Dans cette seconde hypothèse seulement le juge aurait la qualité d'officier de police judiciaire. Dans l'autre, il exercerait une véritable juridiction qui se manifesterait sous la forme d'actes d'instruction. En conséquence, le procureur général pourrait donner au magistrat instructeur des avertissements et des ordres

afin de provoquer son action, sans toutefois pouvoir diriger dans un sens déterminé l'instruction, si ce n'est pour assurer l'accomplissement des formes prescrites par la loi et prévenir les erreurs et les irrégularités (1). D'après cette théorie, dans les cas ordinaires, le juge d'instruction conserverait son indépendance. Le procureur général pourrait seulement ordonner au Procureur de la République de requérir les mesures d'instruction particulières qu'il juge utiles.

On est allé plus loin (2) et on a reconnu au procureur général le droit d'intervenir dans toutes les informations, non seulement pour requérir la mise en mouvement du juge, mais pour contrôler et même diriger au besoin l'information. Le juge aurait cependant la faculté de discuter les ordres donnés par le procureur général. Néanmoins, s'il les enfreignait sans justes motifs, il s'exposerait à recevoir un avertissement et à être cité devant la Cour, arbitre entre le procureur général et le juge d'instruction.

Une troisième opinion (3) veut que le procureur général ait le droit d'intervenir dans toutes les affaires dont le juge est saisi ; il pourrait lui en demander des comptes, s'enquérir des retards qu'elles éprouvent et

1. Legraverend, t. I, p. 285. — Bourguignon, t. I, p. 164.

2. Mangin, t. I, p. 38-39.

3. Hélie, t. IV, n° 1062.

lui donner des instructions pour les faire cesser. La négligence du juge à se conformer à ces prescriptions peut motiver l'application des articles 280 et 281-I^o I. Mais les droits du procureur général n'iraient pas plus loin ; il ne pourrait prescrire la marche à suivre dans une affaire, il ne pourrait ordonner telle ou telle perquisition, il ne saurait blâmer les actes accomplis par le juge d'instruction dans la sphère de ses pouvoirs.

C'est cette théorie qui est appliquée dans la pratique. Elle résulte de l'impossibilité matérielle de distinguer les actes de police judiciaire des actes proprement dits d'instruction. Elle écarte l'ingérence du Procureur Général, qui ne peut ainsi intervenir à tout instant dans la marche de l'instruction. Elle laisse au magistrat instructeur sa complète indépendance, et néanmoins elle donne au Procureur Général le droit de réprimer les abus de pouvoir que le juge pourrait commettre en vertu de ses pouvoirs quasi-illimités.

On peut se demander si le juge d'instruction ne peut pas recevoir des ordres émanant du ministère de la Justice. On n'a jamais contesté en pratique que le garde des Sceaux pût prescrire au procureur général de faire ouvrir une information. Mais dès que l'instruction est commencée, conformément à l'opinion que nous avons exposée, le juge peut se refuser à opérer certaines perquisitions ou en pratiquer d'autres suivant qu'il en appréciera l'utilité. En effet, durant la phase de

l'instruction, le sort de l'inculpé se prépare, tout citoyen est exposé à subir des actes de contrainte qui peuvent lui causer le plus grand préjudice, la liberté individuelle ne serait plus assurée si le pouvoir central pouvait faire exécuter des perquisitions chez certains citoyens sous prétexte d'enquête judiciaire. Le garde des Sceaux a toujours été jaloux de cette prérogative et, en pratique, on a sans cesse prescrit aux parquets de communiquer à la Chancellerie toutes les procédures qui peuvent avoir quelque importance, surtout en matière politique, à l'effet d'obtenir du magistrat instructeur l'exécution de certains actes déterminés.

Mais d'après la théorie que nous avons exposée, cette pratique est illégale. Ni le garde des Sceaux ni le Procureur Général ne peuvent ordonner au juge d'instruction d'opérer certaines perquisitions.

Néanmoins, certains auteurs, comme Mangin, qui reconnaissent au Procureur Général le droit d'intervenir dans les informations sous la forme d'ordres données au magistrat instructeur, pensent que le garde des Sceaux peut prescrire aux Procureurs Généraux ou à leurs Substituts de faire pratiquer certaines mesures d'instruction déterminées.

En résumé, l'utilité et l'opportunité des perquisitions sont laissées par la loi à l'appréciation du magistrat instructeur, sauf le droit plus ou moins restreint, pour les Procureurs de la République, de faire opposition aux ordonnances du juge d'instruction.

Etendue du droit de perquisition. — Le juge, saisi d'un fait délictueux par un réquisitoire du parquet, peut instruire à la fois contre les personnes qui sont visées dans cette pièce, ou contre toutes celles que l'enquête révélera. Mais en matière de perquisitions, nous avons vu que le juge possédait le droit de pénétrer non seulement dans les habitations des inculpés, mais encore dans celles des tiers. La qualité de la personne chez laquelle il perquisitionne doit seulement le déterminer à agir avec plus de réserve et de circonspection.

Le magistrat instructeur est chargé de faire la lumière sur les faits qui lui sont dénoncés quelles que soient les personnes qui y ont participé, mais on peut se demander s'il peut étendre ses recherches à l'égard des individus contre lesquels il instruit, à d'autres faits dont ceux-ci se sont rendus coupables. Par exemple, le juge d'instruction qui informe contre un individu inculpé d'assassinat peut-il perquisitionner à l'effet de rechercher des objets que le prévenu aurait détournés ?

D'après une première théorie, le juge ne pourrait pas opérer des perquisitions pour constater un fait nouveau à moins qu'il ne soit flagrant ou qu'une information n'ait été requise par le ministère public, ou qu'il y ait eu constitution de partie civile. Étendre l'instruction à d'autres faits que ceux que le réquisitoire a dénoncés, c'est étendre l'exercice de l'action publique, c'est la

mettre en mouvement, c'est en usurper la direction.

Le juge d'instruction ne saurait en aucune manière perquisitionner par exemple à l'effet de saisir un objet délictueux ne se rapportant pas aux faits dont il est saisi. Il doit seulement porter à la connaissance du Procureur les faits nouveaux qu'il découvre et attendre ses réquisitions (1).

Un deuxième système permet au juge de perquisitionner à l'effet de saisir des objets se rattachant à une autre infraction, s'il la découvre au cours d'une perquisition motivée par le fait principal qui lui est dénoncé. Il pourrait même étendre ses recherches à l'effet de saisir tout ce qui peut se rapporter à cet autre délit dont l'auteur peut être, soit un inculpé, soit un tiers. Il convient de remarquer d'ailleurs que souvent le juge se trouvera dans l'hypothèse de délit flagrant. Mais le juge d'instruction ne pourrait pas directement, spontanément, se transporter dans un lieu quelconque pour rechercher les traces d'une autre infraction même commise par son inculpé (2).

Un troisième système a été soutenu d'après lequel le juge requis d'informer contre un prévenu, doit réunir tous les éléments nécessaires à sa décision, tant sous le rapport de la matérialité des faits qui lui sont soumis que sous le rapport de la moralité de l'individu, de telle

1. Hélie, t. III, p.

2. Mangin, t. II, n° 14. — Besnard. Thèse de Paris, p. 47.

sorte qu'il doit explorer tous les actes de l'inculpé. D'après cette théorie, le magistrat instructeur pourrait spontanément procéder à des perquisitions même au domicile des tiers pour y constater des infractions commises par l'individu contre lequel il instruit.

Le procureur de la République, quand la procédure est en état, prend relativement aux faits nouveaux tel parti qu'il convient (1).

La jurisprudence semble avoir admis pendant un certain temps la validité de ces perquisitions opérées par le juge en dehors des faits visés dans le réquisitoire introductif, puisque la Cour de cassation leur a reconnu la vertu d'interrompre la prescription relativement à ces nouveaux délits (2).

Néanmoins, en pratique, le juge d'instruction ne perquisitionne jamais en vue de constater d'autres infractions que celles pour lesquelles il est commis. Il se borne à rechercher au cours des visites domiciliaires qu'il fait, des objets se rattachant à d'autres infractions, il ne perquisitionne jamais chez des tiers dans le but de les découvrir, avant d'être saisi par un nouveau réquisitoire. Cette manière de procéder nous paraît plus sage et plus conforme aux principes. Elle a été consacrée par un arrêt récent.

1. Duvergier.

2. Cass., 26 juin 1840. — Rennes, 3 novembre 1887. D. 88. 2. 223.

« Le juge d'instruction, dit la Cour de cassation, est investi de la plénitude des pouvoirs de police judiciaire. Il a donc le droit et le devoir de recevoir et de consigner toutes les révélations relatives à l'existence de crimes ou de délits même non visés dans le réquisitoire aux fins duquel une information serait en cours. Il doit même faire toutes les constatations et toutes les vérifications nécessaires pour mettre le procureur en mesure d'apprécier l'opportunité de poursuites nouvelles, mais en distinguant nécessairement ces actes des opérations d'instruction dont l'article 61 subordonne la régularité à l'intervention préalable du Procureur (1).

On s'est demandé si une perquisition qui a été opérée dans un lieu déterminé sans produire de résultat peut être étendue par le juge d'instruction à toutes les maisons d'un quartier, à tous les appartements d'une maison, à toutes les habitations d'une localité. Certains auteurs estiment que cette mesure peut être utile à la justice, que la loi ne la défend pas, que le juge d'instruction peut ordonner des recherches générales (2). Mais on a soutenu d'autre part que la perquisition devait être spéciale, car elle ne pouvait s'appliquer qu'aux lieux sur lesquels pesait la présomption qu'ils recélaient des pièces à conviction. Or, cette présomp-

1. Cass., 11 décembre 1908.

2. Duvergier, t. II, p. 196.

tion est créée par la loi pour le domicile du prévenu ; mais pour les habitations des tiers, elle doit résulter des renseignements recueillis au cours de l'enquête. Les indices révélés par l'information devront être assez précis pour indiquer en quels lieux les pièces à conviction peuvent se trouver. Si l'instruction ne les indique pas, il ne convient pas de pratiquer des perquisitions à l'effet de les rechercher. La perquisition n'est pas en effet un acte de recherche quelconque, mais une mesure de contrainte dont la justification réside dans certains indices qui permettent de croire que des pièces à conviction se rattachant à une infraction déterminée, ont été dissimulées dans un lieu désigné.

La loi n'a pas entendu que toutes les maisons fussent ouvertes à la justice, elles ne le sont que lorsqu'elles sont frappées de suspicion. Il importe peu d'ailleurs que les lieux où s'opèrent les perquisitions soient plus ou moins étendus, que les visites domiciliaires soient pratiquées dans une ou plusieurs maisons ; il est seulement nécessaire que les lieux soient désignés à l'avance et qu'une présomption pèse sur eux.

La pratique admet la validité des perquisitions s'étendant à un nombre indéterminé d'endroits, parce qu'elle reconnaît au juge un droit presque illimité d'investigation. D'après elle, ainsi que nous le verrons plus loin, un officier de police judiciaire possède les plus larges pouvoirs à l'effet de rechercher et de constater tous les délits.

A raison de la nature très délicate des perquisitions, tous les auteurs sont d'accord pour dire qu'au cours de cette opération, la vérification du juge ne doit porter que sur les appartements et sur les meubles que la procédure signale comme renfermant des pièces à conviction. Néanmoins, nous avons reconnu au juge perquisitionnant chez l'inculpé un pouvoir très étendu d'investigation, et, à notre avis, cette règle ne doit être strictement observée qu'en cours de visites domiciliaires chez les tiers.

Dans les appartements et dans les meubles visités le juge doit autant que possible limiter ses recherches aux objets qui peuvent se rattacher au procès. Il doit respecter les papiers et actes qui n'ont pas un rapport quelconque avec l'infraction, et si dans ses investigations, il est arrivé à prendre communication d'actes dont le secret intéresse des tiers, ses fonctions lui imposent le devoir de ne jamais les révéler.

Le juge ne devait pas associer à ses opérations, le Procureur qui n'a d'autre mission que de requérir, ni le greffier qui se borne à authentifier par sa présence les constatations.

B. — *Flagrant délit*

Dans les cas ordinaires, nous venons de voir que le juge, qui est seul investi, en principe, du droit de

perquisition, ne peut agir sans la réquisition préalable du Procureur de la République. Il n'en est plus de même en matière de flagrant délit. La constatation opérée dans ce cas acquiert une certitude qui rend l'action de la justice plus facile, plus sûre et moins dangereuse pour la liberté individuelle. En effet, on considère qu'il y a flagrant délit lorsque le coupable est trouvé en possession des pièces à conviction, ou lorsque les objets se rattachant à une infraction sont passés dans les mains des tiers, mais dans un temps tellement voisin du délit, qu'on ne peut pas envisager la bonne foi des détenteurs. D'ailleurs il y a urgence à saisir des preuves qui peuvent disparaître d'un moment à l'autre. Toutes ces raisons tendent à modifier les pouvoirs du juge et ce magistrat se trouve investi exceptionnellement des attributions réservées d'ordinaire au ministère public. D'ailleurs, dans tous les projets de réforme, des modifications au droit commun sont apportées aux pouvoirs du juge agissant en cas de flagrant délit (1).

La loi en accordant, vu l'urgence, à tous les officiers de police judiciaire en matière de crime flagrant le droit de perquisition spontané et sans autre formalité, a été nécessairement amenée à investir le juge d'instruction du pouvoir d'employer tous les actes de con-

1. Projet Clemenceau, 1907.

trainte utiles sans avoir été saisi au préalable par un réquisitoire introductif.

Le Code d'instruction criminelle (1) déclare que dans cette hypothèse le juge « peut faire directement et par lui-même tous les actes attribués au Procureur de la République ». Il convient de rechercher exactement quel est l'esprit de la loi. En cas de flagrant délit le juge d'instruction agit-il comme simple officier de police judiciaire avec les pouvoirs que la loi confère limitativement aux autres officiers de police judiciaire ou bien instrumente-t-il en sa qualité de juge d'instruction, avec la plénitude de ses pouvoirs d'investigation et l'indépendance que nous lui avons reconnue ? La distinction présente, en effet, un intérêt pratique considérable. Si le juge n'agit que dans les limites des pouvoirs du Procureur de la République, il ne pourra perquisitionner que chez les inculpés et leurs complices et non chez les tiers ; d'autre part, il ne sera plus seulement soumis à la surveillance du Procureur Général, qui pourrait lui laisser une grande indépendance, mais il devra obéir strictement aux ordres qu'il plaira à ce magistrat de lui donner.

Cette théorie n'est qu'une interprétation littérale et restrictive du Code d'instruction criminelle. Pour notre part, nous considérons les pouvoirs d'officiers de police judiciaire du juge comme étant si intimement liés à

1. Code d'Inst. crim., a. 59.

ses pouvoirs d'instruction, qu'on ne peut pratiquement les distinguer.

Le magistrat instructeur, en cas de flagrant délit, exerce la plénitude de ses pouvoirs ; il agit, même en cette hypothèse, en sa qualité de juge, il n'est soumis, comme dans les cas ordinaires, qu'à la surveillance du Procureur Général. La loi n'a restreint les pouvoirs du parquet et de ses auxiliaires que par mesure de défiance à l'égard de cette catégorie de fonctionnaires.

Le droit commun doit reprendre son empire, aussitôt que le juge d'instruction instrumente. En cas de flagrant délit, loin de vouloir restreindre les pouvoirs ordinaires du magistrat instructeur, la loi nous paraît tendre à les élargir encore davantage en lui permettant d'agir sans être saisi par le ministère public, et la cause d'une suspicion à l'égard du juge d'instruction en ces matières nous échappe complètement (1).

On peut se demander maintenant si le juge d'instruction peut agir en cas de flagrant délit, quelle que soit la nature de la peine encourue par le délinquant ou seulement lorsque le fait est de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante.

Nous nous réservons de résoudre cette question par la suite. Nous verrons en effet que la jurisprudence reconnaît le droit au parquet et à ses auxiliaires de perquisitionner en cas de simple délit flagrant, en cas

1. Marcy, précité. V^o Flagrant délit, n^o 897.

de délit de vol par exemple. Le juge d'instruction auquel on ne saurait reconnaître moins de droits qu'au Procureur est naturellement investi, dans notre hypothèse, du pouvoir de perquisitionner sans être saisi par un réquisitoire.

On a agité la question de savoir si le juge d'instruction pouvait, en cas de réquisition de la part du chef d'une maison, pénétrer comme le Procureur dans cette habitation pour y faire des perquisitions, à l'effet de constater un délit, même non flagrant.

Les articles 46 et 49 ne parlent nullement du juge d'instruction, et, d'après un premier système, il n'y a aucune raison en cette matière exceptionnelle, d'étendre les termes de la loi.

Un second système soutient au contraire que les mêmes motifs qui ont fait confier au Procureur le droit exceptionnel de l'article 46 militent également pour que ce droit soit confié dans la même hypothèse au juge d'instruction. D'ailleurs, l'article 59 autorise le juge, non seulement à agir directement et d'office dans les cas de flagrant délit, mais encore dans tous les cas *réputés* flagrants délits. Or, le cas de réquisition émanant d'un chef de maison est visiblement assimilé au flagrant délit par l'article 46. Il rentre dans les cas réputés flagrants délits par l'article 59.

Encore que nous nous trouvions en matière exceptionnelle, l'analogie des motifs est telle que nous

n'hésitons pas à étendre le droit du juge. Il est impossible d'admettre logiquement que le droit du juge d'instruction soit restreint alors que celui du parquet est étendu par la loi.

Il nous reste à examiner une dernière question : le juge d'instruction en cas de flagrant délit, possède-t-il une simple faculté ou est-il soumis à une obligation d'agir ?

Une première théorie prétend que l'article 59 est conçu en termes non facultatifs : il est du devoir du juge d'informer aussitôt qu'il acquiert connaissance d'un crime (1). L'article 59 ne porte pas que le juge pourra renvoyer le constat au Procureur de la République ; cela implique pour le magistrat instructeur droit de se rendre lui-même sur les lieux. L'esprit de la loi semble consister à multiplier les moyens de répression en cas de flagrant délit, aussi le juge ne doit-il pas s'abstenir sans un légitime empêchement.

Un second système, s'en rapportant aux termes de l'article 59, conclut que le transport du juge est facultatif (2). Il peut s'en dispenser toutes les fois qu'il ne le juge pas absolument nécessaire, et s'en rapporter aux soins du Procureur. A notre avis, les pouvoirs du Procureur, en cas de flagrant délit, sont de nature exceptionnelle. D'après le droit commun, le juge est

1. Carnot, t. I, p. 289. — Duvergier, t. I, p. 372.

2. Bourguignon, t. I, p. 139.

seul compétent pour perquisitionner, après avoir été saisi du fait délictueux par un réquisitoire.

En cas de flagrant délit, la loi a introduit une exception au point de vue de la saisine du juge, mais le principe subsiste. La loi voit toujours avec faveur l'intervention du juge. Son intervention doit être préférée à celle du Procureur. Il devra donc se transporter obligatoirement, et si le Code accorde le même pouvoir au parquet, c'est dans l'intérêt de la répression, pour donner au juge un suppléant. Mais nous réservons au magistrat instructeur le pouvoir de décider s'il y a flagrant délit, et en cas de doute, de s'abstenir de tout transport qu'il pourrait juger illégal. Cette manière de voir nous paraît être conforme à la loi qui frappe d'incapacité le Procureur qui se trouve sur les lieux en même temps que le juge d'instruction, et qui permet à ce magistrat de refaire toutes les perquisitions pratiquées par le parquet même dans la limite de ses pouvoirs.

Responsabilités des juges d'instruction. — La responsabilité du juge d'instruction à raison des perquisitions qu'il ordonne est une conséquence nécessaire des pouvoirs dont il est investi. En premier lieu, ce magistrat peut, en violant avec mauvaise foi la liberté du foyer, commettre un véritable délit qui est réprimé par l'article 184 du Code pénal. Il peut en second lieu encourir une responsabilité disciplinaire, s'il a commis une faute professionnelle, car nous avons vu que la

jurisprudence soumet le juge d'instruction, agissant en qualité d'officier de police judiciaire, à la surveillance du Procureur Général. Il peut, en troisième lieu, être passible de dommages-intérêts obtenus par la voie de la prise à partie, réglementée par l'article 505 du Code de procédure civile, en cas de dol, de fraude de concussion ou de déni de justice.

Mais il convient de se demander si ces différentes hypothèses sont les seuls cas de responsabilité du magistrat instructeur, s'il ne peut pas être poursuivi civilement, ainsi que cela existait dans l'ancien droit, pour « les fautes notables dans l'expédition des procès criminels », pour « les erreurs évidentes en fait et en droit », pour « les fautes manifestes », pour « négligences dans la poursuite des délinquants », pour « contravention aux ordonnances ». Notre législation moderne n'a pas reproduit pareilles dispositions et le Code d'instruction criminelle prévoyant le cas où une procédure est annulée (1), ordonne qu'en cas de faute très grave, les frais de procédure à recommencer pourront être mis à la charge du juge d'instruction par la Cour qui a connu de l'affaire, sans que les parties intéressées puissent intervenir.

Cette indulgence extrême à l'égard des abus ou des excès même exempts de dol que le juge d'instruction peut commettre dans l'exercice de ses fonctions, cette

1. Code d'Inst. crim., a. 415.

absence de toute garantie pour les parties que ces actes peuvent atteindre ont été longtemps considérées comme un progrès de la législation. Mais actuellement d'excellents esprits veulent mettre en œuvre d'une manière beaucoup plus large la responsabilité des agents de l'autorité. Certains auteurs estiment qu'il convient d'étendre les dispositions de l'article 415 à toutes les fautes qui constituent un abus de la fonction et dont il résulte un préjudice, soit pour l'inculpé, soit pour le plaignant, soit pour les tiers. D'après ce système, on pense que le magistrat instructeur devrait être condamné non seulement aux frais de la procédure à recommencer, mais encore à des dommages-intérêts envers les parties, et ce, à la requête des citoyens que la faute a dû léser (1). Les propositions de lois récentes déposées par MM. Cruppi et Clemenceau consacrent cette responsabilité des magistrats pour toute faute grossière professionnelle commise dans l'exercice de leurs fonctions et mettent les dommages-intérêts à la charge de l'Etat, sauf recours contre le fonctionnaire coupable. Il convient de remarquer que cette dernière disposition est une innovation, à l'égard de la jurisprudence actuelle qui n'admet pas la responsabilité de l'Etat à l'occasion des actes illégaux d'autorité accomplis par les fonctionnaires (2). La proposition de

1. Hélie, IV, n° 1599.

2. C. d'Etat, 19 juin 1900. S. 1900. 31.

M. Clemenceau considérant, d'autre part, qu'il importe qu'en toute hypothèse les documents provenant d'une perquisition ne puissent être communiqués qu'à ceux-là seulement auxquels la loi donne qualité pour en prendre connaissance, dispose que toute communication illégale à des tiers constitue un délit de violation de la liberté individuelle (art. 114 et 117 du C. pén.) Toutes ces mesures nous paraissent excellentes, et leur application, qui fonctionnait dans notre ancienne législation restituerait des garanties nécessaires à la sauvegarde des intérêts des citoyens.

A côté de la responsabilité pénale ou disciplinaire, qui atteint les agents de l'autorité, il existe toute une série de nullités destinées à faire disparaître les actes illégaux dont l'appréciation est réservée aux juridictions de jugement. Quand une ordonnance de renvoi est devenue définitive et qu'un acte d'instruction, tel qu'une saisie ou une perquisition est irrégulier, le tribunal correctionnel saisi de l'affaire ne peut, sans excès de pouvoir, annuler l'ordonnance définitive et les actes illégaux qui l'ont précédée. C'est à la seule Chambre des mises en accusation qu'il appartient de prononcer la nullité de la procédure (1) lorsque cette juridiction est saisie d'une opposition régulière dans les délais de l'article 135-1°.

1. Seine, 22 déc. 1897. — Le Poittevin. *Journal des Parquets*, 1897, nos 2 et 3. — *Contra* : Cass., 19 janv. 1901.

La Cour apprécie suivant le cas si la loi a été assez gravement violée pour faire prononcer la nullité de l'acte attaqué, et il convient à cet égard de distinguer les règles substantielles des règles d'importance secondaire.

L'annulation d'une instruction a pour effet d'obliger les juges à considérer les preuves recueillies au cours d'une perquisition illégale comme inexistantes, de leur interdire d'en faire état, mais la loi ne prescrit pas (1) de supprimer les procès-verbaux et de restituer les pièces à conviction aux intéressés. Cette solution peut paraître dangereuse, et on peut craindre que les magistrats aient la pensée de puiser dans la partie du dossier annulé les éléments de leur conviction, sans en faire l'aveu, sans même en avoir conscience.

Il convient, pour épuiser cette question des recours contre les actes illégaux, d'examiner si un citoyen possède le droit de s'opposer par la force à l'exécution d'une mesure qu'il considère comme un abus d'autorité. Ce problème a été résolu tout récemment par un jugement du tribunal correctionnel de la Seine en date de 12 janvier 1909. Le directeur du journal *Le Jaune* avait brisé les scellés apposés sur la porte de ses bureaux, en se fondant sur ce fait que cette mesure était arbitraire et illégale. Il fut néanmoins condamné,

1. Cass., 12 juin 1905.

par application de l'article 251 du Code pénal, le tribunal s'étant conformé à la jurisprudence de la Cour de cassation, d'après laquelle les scellés apposés au cours d'une perquisition par un fonctionnaire compétent doivent être respectés, même lorsque l'apposition aurait eu lieu en dehors des cas autorisés par la loi. La Cour suprême, malgré l'opposition d'un certain nombre de Cours d'appel, a toujours affirmé cette règle sur laquelle repose le bon ordre de toute organisation sociale, que nul ne peut se faire justice à soi-même par un acte de violence à l'encontre de l'autorité publique. En effet, jamais une législation prudente ne saurait autoriser le recours à la force, mais il serait à souhaiter que la loi créât des voies de recours rapides et faciles aux citoyens contre tout acte de l'autorité dont ceux-ci pourraient contester la légalité et qui leur porteraient préjudice.

CHAPITRE III

RESTRICTIONS AUX POUVOIRS DES JUGES D'INSTRUCTION

Après avoir essayé de définir les pouvoirs du juge d'instruction, il convient d'envisager maintenant quelles sont les restrictions que la loi, la doctrine ou la jurisprudence ont trouvées à son omnipotence.

Objet des perquisitions. — Certains auteurs soutiennent que notre législation actuelle s'inspire de la tradition de l'ancien droit, qui aurait exigé pour la validité d'une perquisition la constatation préalable d'un crime grave et l'existence de preuves ou d'indices de culpabilité ou de nul à l'égard de la personne chez laquelle on devait perquisitionner. D'après eux, la visite domiciliaire et tous les actes de contrainte analogues ne doivent jamais être considérés comme des actes de police, mais comme des actes d'instruction. (1)

C'est l'expression de cette idée qu'une mesure aussi grave qu'une perquisition ne peut être pratiquée ni

1. Hélie, t. IV, n° 1806.

par la police administrative, ni par la police judiciaire, avant qu'un délit quelconque ait été constaté. Nous avons d'autre part admis ce principe. Mais faut-il aller encore plus loin et dire que le juge régulièrement saisi ne peut pas employer ce procédé pour arriver à la constatation du corps du délit, qu'il ne peut s'en servir que pour recueillir les preuves de la culpabilité d'un prévenu ? En d'autres termes, pour pratiquer valablement une perquisition, il faudrait que l'existence d'un délit déterminé ait été établie, et qu'un individu ait été inculpé dudit délit. La réunion de ces conditions suppose l'accomplissement préalable des actes de police judiciaire et de certains actes préparatoires d'instruction. La loi aurait voulu que la perquisition fut étayée par une présomption de culpabilité, à raison d'un fait certain, qualifié crime ou délit. Si la perquisition, a-t-on dit, pouvait être opérée sur un simple soupçon, si l'on s'emparait des papiers d'un simple citoyen qui ne serait pas l'objet d'une incrimination nettement définie, uniquement pour savoir si l'examen des pièces saisies n'établira pas à sa charge une culpabilité quelconque, elle ne constituerait qu'une basse manœuvre policière, entièrement interdite par la loi.

Dans la pratique, on n'observe pas toujours cette exigence ; souvent, les officiers de police judiciaire découvrent certains indices qui leur permettent de supposer qu'une infraction a été ou pourrait avoir été com-

mise, mais des perquisitions pourraient seulement établir *réellement* l'existence d'un délit déterminé. La police judiciaire, qui est incompétente pour procéder à de pareilles mesures, requiert alors un juge d'instruction à l'effet de contrôler ces indices plus ou moins précis, à l'aide des pouvoirs extraordinaires de contrainte dont il est investi. Ainsi, lorsque la disparition d'une personne est signalée, le parquet ouvre souvent une information dans le but de rechercher ses traces dans les lieux où elle a l'habitude de fréquenter. Pourtant, dans cette hypothèse, la justice ignore si elle se trouve en présence d'une fugue, d'un suicide ou d'un crime. D'après la théorie que nous venons d'exposer, le Procureur de la République ne devrait pas, d'une part, en l'absence de renseignements plus complets requérir sur le champ l'ouverture d'une information ; le juge d'instruction, d'autre part, au cas où il aurait été régulièrement saisi, ne devrait pas consentir à procéder à des visites domiciliaires à un moment où il ignore encore s'il se trouve en présence d'un crime. Néanmoins, la jurisprudence semble être fixée dans le sens de la validité des perquisitions opérées dans ces hypothèses. Il a été jugé en matière de douanes que l'existence d'un procès-verbal antérieur, constatant le délit, objet de la poursuite et de la perquisition, n'est pas nécessaire au ministère public quand il requiert les mesures propres à la découverte des délits de contre-

bande. Cette exigence ne résulte pas en effet d'un texte. A notre avis, en matière de droit commun il en est de même, il y a lieu d'appliquer cette décision, que l'intérêt de la sécurité publique semble dicter. Dans beaucoup de cas, en effet, la justice répressive se trouverait désarmée, alors que la police judiciaire ne dispose pas de moyens de contrainte suffisants pour découvrir l'existence de certains délits qu'elle soupçonne. D'ailleurs, l'intervention d'un juge indépendant nous paraît être la seule garantie que la loi ait cru devoir accorder aux justiciables. Il ne semble pas non plus que le magistrat instructeur excède ses pouvoirs en perquisitionnant pour constater l'existence d'un délit; il est en effet officier de police judiciaire et en cette qualité, chargé de rechercher toutes les infractions flagrantes ou non qui peuvent être commises. Dans l'accomplissement de sa mission, il est logique qu'il mette en œuvre les pouvoirs de contrainte dont il dispose, la distinction entre les actes d'instruction et ceux de simple constatation étant impossible à opérer dans la pratique. La loi ne semble-t-elle pas consacrer cette manière de procéder, lorsqu'elle permet à un plaignant de se porter partie civile entre les mains d'un juge d'instruction? Dans cette hypothèse, aucune enquête préalable n'a encore établi la matérialité des faits délictueux et néanmoins, il appartient au juge d'en vérifier l'existence par tous les moyens dont il dispose et notamment par la voie

des perquisitions. Cependant, il convient de recommander au parquet de n'ouvrir des informations qu'au cas où des indices sérieux permettent de supposer qu'un crime a réellement été commis, ce sera ensuite au juge à apprécier si les indices recueillis suffisent à justifier l'emploi des perquisitions. Malheureusement, il faut avouer que le parquet ouvre parfois des informations alors qu'il n'ignore pas qu'il n'existe aucun délit. Son but est de faire opérer des constatations utiles ou des saisies d'objets, qui requièrent célérité. Ainsi, lorsqu'un époux détourne des valeurs communes, on ouvre parfois une information contre inconnu, qui permet de perquisitionner chez lui et de saisir certains objets en vue d'une restitution éventuelle à l'autre conjoint. Dans ce cas, en vertu de l'article 380 du Code pénal, il n'y a pas de délit punissable, et la perquisition nous paraît être une mesure absolument illégale. Il est à craindre que, si cette pratique se généralisait, d'autres motifs que le souci de l'équité et de l'intérêt général n'interviennent pour consacrer les plus graves abus.

Poursuite de certains délits. — On peut se demander si le magistrat instructeur peut employer la voie de la perquisition pour arriver à la constatation des délits et à la recherche de la culpabilité de leurs auteurs, alors même que la loi indique d'une manière expresse les moyens qu'il faut employer pour la répression de certaines infractions. Ainsi, en matière de fraudes alimen-

taires, la loi ordonne le prélèvement d'un certain nombre d'échantillons dont l'examen permettra d'établir s'il y a eu falsification. On pourrait soutenir que dans cette hypothèse les pouvoirs du juge d'instruction subissent une restriction, d'après laquelle il ne pourrait ordonner toutes les perquisitions qu'il jugerait utiles, il ne pourrait que faire procéder aux prélèvements ordonnés par la loi et dans les conditions qu'elle envisage. Mais à notre avis, ni la loi de 1905, ni le décret de 1906 ne restreignent les pouvoirs que le magistrat instructeur tient du Code d'instruction criminelle, de l'application du droit commun. La loi s'est bornée à indiquer une procédure pratique, utile, sans vouloir l'imposer à l'exclusion de toute autre. Le juge d'instruction pourra donc en cette matière procéder à l'effet de saisir par exemple d'autres échantillons de prélèvements ou de vérifier des livres ou des correspondances. Il se peut aussi que le détenteur de marchandise excipe de sa bonne foi en présence des résultats défavorables de l'analyse opérée par le laboratoire administratif et affirme, pour se disculper, que, s'il a été commis une fraude, elle est imputable à l'industriel ou au commerçant de qui il tient la marchandise. Si le juge, après avoir réuni tous les renseignements croit devoir donner suite à la dénonciation dont le fournisseur a été l'objet, il sera amené à opérer lui-même ou à faire opérer un nouveau prélèvement d'échantillons sur les marchandises similaires qui se

trouvent chez le fournisseur ou qui, expédiées par lui, sont encore en cours de route. Ces prélèvements sont opérés en vertu des pouvoirs généraux d'instruction dont le juge est investi (1).

Cette solution doit être généralisée et s'appliquer à toutes les matières prévues par des textes spéciaux. Ainsi, la loi, en matière de presse, dispose que la preuve de ces délits résultera de la saisie d'un certain nombre d'exemplaires de l'ouvrage incriminé. Mais aucune restriction n'existe aux pouvoirs du juge qui pourra perquisitionner dans les bureaux du journal, examiner la comptabilité et saisir tous les documents qu'il estimera utiles.

La perquisition est un moyen de preuves de droit commun, qui ne comporte aucune restriction à raison du délit qui a été commis.

Heures des perquisitions. — La question de l'inviolabilité du domicile la nuit a fait l'objet, dans la presse politique, de discussions ardentes dans les premiers mois de l'année 1870. Dans la matinée du 10 février 1870, à 6 h. 40, des agents de l'autorité judiciaire, pourvus d'un mandat régulier délivré par un juge d'instruction, se présentaient au domicile d'un nommé M..., pour l'arrêter et perquisitionner. Le commissaire était assisté d'un agent. Après avoir volontairement ouvert sa porte, M... déchargea sur l'agent un pistolet

1. Cass., 25 juillet 1908.

qu'il tenait à la main et le tua. La presse politique s'empara de ce fait. On soutint que M... était en droit de défendre son domicile à main armée, qu'il était en état de légitime défense. Délescluze qui, dans son journal *Le Réveil*, avait approuvé « ce grand exemple », fut condamné pour avoir fait publiquement l'apologie d'un meurtre et provoqué à la désobéissance aux lois.

Actuellement, la question de savoir si le juge d'instruction peut pénétrer la nuit dans le domicile des citoyens pour y perquisitionner est encore controversée. Une première opinion enseignée par la quasi-unanimité des auteurs (1) et pratiquée par la jurisprudence (2) soutient la négative en s'appuyant sur les différents textes qu'on trouve sur la matière (3). On dit qu'il n'y a pas de raisons majeures pour que la loi ait pu autoriser les perquisitions nocturnes dans une maison particulière contre le gré des habitants. On concède d'ailleurs qu'une perquisition commencée de jour pourrait être continuée bien que la nuit fût venue. D'autre part on reconnaît que cette règle souffre exceptions lorsqu'il s'agit de perquisitionner dans des lieux ouverts au public et soumis à la surveillance de l'autorité, tels que les cafés, boutiques,

1. Hélie, t. III, n° 1524. — Garraud. *Traité théorique et pratique de droit criminel*, t. IV, n° 1207. — Mangin, n° 221.

2. Circ., 15 sept. 1853. — Cass., 17 nov. 1860. — 22 nov. 1872. — Décret, 20 mai 1903, a. 130.

3. Const., 22 frimaire an VII. — Loi 5 fructidor an III. — Loi 28 germinal an VI, a. 359. — Loi 19-22 juillet 1791.

cabarets, maisons de jeu, intérieurs des gares, enceintes des chemins de fer... Mais à cet égard les avis sont partagés : certains estiment que d'après les termes de l'article 6 de la loi des 19 et 22 juillet 1791, titre I, la visite des agents de l'autorité est permise même pendant la nuit, lors même que les cafés, cabarets, boutiques sont fermés. Cette opinion nous paraît exagérée, car dès qu'ils ne sont plus ouverts au public, ces établissements deviennent des lieux privés et quand la loi dispose que ces lieux seront *toujours* ouverts aux agents de l'autorité, elle ne veut pas dire autre chose que quand une habitation où tout le monde est admis indistinctement pendant la nuit et où tout individu peut entrer, il doit bien être permis aux magistrats de s'y introduire (1). Ce droit de visite dérive donc de la destination des lieux et n'existe que pendant le temps où ces lieux sont ouverts au public. Et si après les heures où leurs établissements doivent être fermés, les aubergistes, cafetiers, boutiquiers continuent à les tenir ouvert et à y admettre le public, il est illogique d'en interdire l'entrée aux seuls agents de l'autorité.

Mais si ceux-ci conservent le droit d'y pénétrer et d'y faire toutes les recherches utiles, il a été décidé qu'ils ne le peuvent après l'heure réglementaire de la fermeture que lorsqu'ils peuvent constater de l'extérieur des circonstances desquelles résulte une grave présomp-

1. Garraud, t. IV, précité, n° 1207.

tion d'infraction aux règlements. La précaution de fermer la porte d'entrée et le refus d'ouvrir ne suffisent pas à empêcher l'entrée de la maison (1). Mais si les agents de l'autorité trompés par les apparences se sont introduits dans un lieu où le public n'est réellement pas admis, ils doivent se retirer sur-le-champ sans perquisitionner.

Une opinion soutenue par M. Garçon (2) expose qu'on ne peut poser en principe absolu qu'une perquisition commencée pendant la nuit est illégale. Dans notre ancien droit, les criminalistes réservaient le cas où il y aurait danger à surseoir. La constitution de 1848 n'a pas reproduit le texte des constitutions antérieures et intentionnellement n'a pas interdit l'entrée dans une habitation pendant la nuit. C'est le Code d'instruction criminelle qu'il faut consulter. Or, les articles 87 et 88 ne contiennent aucune restriction à cet égard aux droits du juge d'instruction et les dispositions relatives au flagrant délit ordonnant au Procureur de se transporter sur les lieux sans aucun retard (art. 32), de se transporter de suite dans le domicile du prévenu (art. 36), semblent même autoriser implicitement une perquisition de nuit. Un arrêt ancien du 29 avril 1870 a adopté cette manière de voir.

1. Cass., 22 nov. 1872.

2. Code pénal annoté, a. 184, no 68. — Carnot, t. I, p. 240.

« Considérant, dit-il, que si la loi d'accord avec les garanties réclamées par la société, a proclamé l'inviolabilité du domicile de chaque citoyen, elle a pris soin de poser à ce principe les exceptions nécessaires à la sécurité de tous, qu'on ne saurait admettre que des individus puissent, en invoquant l'inviolabilité du domicile, faire disparaître à l'intérieur de leur maison, à leur aise, les preuves d'un délit, les papiers, les pièces à conviction, les instruments d'un crime, pendant que les agents de l'autorité mis en mouvement par un ordre de l'autorité compétente et porteurs de mandats réguliers, seraient réduits à investir une demeure dans laquelle ils ne pourraient pénétrer... l'article 76 de la constitution de l'an VIII détermine les cas où il est permis d'entrer dans une maison pendant la nuit et le jour, que le Code d'instruction criminelle a dans les articles 89, 32 et 36 indiqué les circonstances dans lesquelles il est permis aux agents de l'autorité de s'introduire dans le domicile des inculpés pour y exercer des ordres ou mandats de justice... »

Nous ne saurions nous rallier à cette opinion, car les termes de l'article 76 de la loi du 22 frimaire de l'an VIII sont formels, et son autorité ne nous paraît pas devoir être ébranlée par celle de deux mots placés par le législateur dans la loi, sans intention d'abroger le texte constitutionnel. Si, d'autre part, la constitution de 1848 ne rappelle pas la constitution du 22 fri-

maire an VIII, elle ne l'abroge pas par une disposition contraire.

Mais il faut reconnaître que cette inviolabilité absolue du domicile pendant la nuit peut quelquefois être très dangereuse pour la sécurité publique, sans grand profit, nous semble-t-il, pour la liberté individuelle des citoyens. Nous estimons que les garanties les plus efficaces que la loi puisse donner aux justiciables résident encore dans l'intervention d'un magistrat indépendant dans l'observation de formalités plus importantes au point de vue de la défense de l'inculpé et dans la facilité de voies de recours contre les abus de pouvoir des magistrats.

Lieux dans lesquels on peut perquisitionner. — Nous avons vu qu'à cet égard les droits du juge d'instruction étaient extrêmement larges, qu'il pouvait perquisitionner en tous lieux, quels qu'ils soient, maisons privées ou monuments publics. Nous verrons cependant que certains lieux échappent au droit de perquisition à raison de la qualité ou de la profession de la personne, qui y habite ou qui y exerce ses occupations. D'autre part, en vertu de certains textes, différents établissements ne peuvent être visités par les agents de l'autorité que sous certaines conditions. C'est ainsi qu'en dehors du cas de flagrant délit, le juge d'instruction ne peut pénétrer dans les établissements universitaires qu'avec l'autorisation spéciale et écrite du Procureur Général ou de l'un de ses substituts et en présence du Procureur de la

République(1). Dans les lazarets ou autres lieux réservés, les autorités sanitaires exercent seules les fonctions d'officier de police judiciaire, et il est interdit aux juges d'instruction d'y pénétrer(2). Dans les établissements militaires, casernes, ouvrages défensifs, arsenaux, le juge ne peut pas perquisitionner. Il doit adresser une réquisition écrite au commandant de l'établissement, qui en assure l'exécution, sauf à en rendre compte à l'autorité supérieure(3). Pour perquisitionner à la questure du Sénat ou à la Chambre des députés, le juge doit soumettre, par l'intermédiaire du Procureur Général une demande motivée au garde des Sceaux, qui la transmet au président de l'une ou l'autre Chambre(4).

Personnes bénéficiant d'une immunité. — Les fonctionnaires accrédités par un Etat auprès du gouvernement de la République et dont la mission est de servir d'intermédiaires entre cet Etat et l'Etat français, tels que les ambassadeurs, les ministres plénipotentiaires, les résidents et chargés d'affaires, bénéficient d'un privilège qui les soustrait à la juridiction des officiers de justice français. Leur maison est considérée aussi bien que leur personne comme étant hors de notre territoire, elle n'est donc pas soumise aux visites domiciliaires des agents de l'autorité. Mais il convient de

1. Décret, 15 nov. 1811, a. 157.

2. Loi, 3 mars 1822, a. 17. — Ordonnance, 7 avril-7 août 1822.

3. Loi, 10 juillet 1791. Loi, 9 juin 1857.

4. Circ., 28 mars 1896.

noter que les consuls et agents consulaires ne jouissent pas de la même immunité.

D'après une première opinion, on estime que l'inviolabilité qui protège un agent diplomatique cesse quand il s'agit de poursuivre un crime commis contre la sûreté de l'Etat ou quand les agents de l'autorité se trouvent en présence de crimes exceptionnellement graves encore flagrants (1) ou encore dans l'hypothèse de poursuites contre un inculpé français dépendant du personnel ou du service du représentant étranger ou contre un individu qui s'est réfugié dans son hôtel. D'après cette opinion, les personnes de la suite ou de la famille de l'agent diplomatique qui sont de nationalité étrangère, leurs papiers, leurs meubles, leur appartement situés dans l'hôtel de l'Ambassade ne seraient pas exposés aux perquisitions des agents français.

Mais un second système enseigne qu'en aucun cas, on ne peut pénétrer dans le domicile d'un agent diplomatique, qu'on devra se borner à signaler immédiatement le crime et l'inculpé au ministère des Affaires étrangères par la voie hiérarchique, et attendre avant d'agir, les ordres du gouvernement. Néanmoins, on pourrait perquisitionner dans les papiers, les meubles des personnes de la suite, étrangères ou non, ou de la famille de l'agent diplomatique, si elles étaient domiciliées hors de l'ambassade. En effet, c'est la personne

1. Hélie, t. II, n° 647.

de l'agent diplomatique qui est protégée, par conséquent, son domicile, les lieux où il a déposé des objets mobiliers, sont inviolables et les personnes qui le touchent de plus ou moins près ne bénéficient de son immunité qu'à la condition de cohabiter avec lui, ou d'avoir confondu les objets qu'ils détiennent avec ceux qui lui appartiennent. Cette manière de voir est appliquée dans la pratique.

Il est bon d'ajouter que le gouvernement français ne reconnaît pas de privilège particulier au profit d'un représentant officieux d'un chef d'Etat étranger. C'est ainsi qu'il y a quelques années des perquisitions furent opérées chez un prélat, qui était chargé à Paris de la gestion des intérêts de la papauté.

On peut se demander si l'inviolabilité qui couvre la personne des représentants de la nation s'étend à leur domicile. Cette question a été naguère deux fois soulevée. Dans la séance du 5 juillet 1848, un représentant, M. Raynal, se plaignit que deux commissaires de police eussent successivement pénétré chez lui. Le premier de ces agents s'était d'ailleurs retiré dès que M. Raynal avait excipé de sa qualité, le second avait exigé la production de la médaille, qui constate l'identité des représentants. A l'appui de la réclamation de M. Raynal, un autre membre de l'Assemblée déclara qu'à plusieurs reprises des perquisitions avaient été opérées dans son appartement. Sans traiter la question spéciale de l'inviol-

labilité du domicile, le ministre de l'Intérieur répondit que le devoir des agents de l'autorité était de s'arrêter devant la production de la médaille d'un représentant du peuple. Un an plus tard, le 21 juin 1849, un commissaire de police accompagné d'agents pénétra dans un local affecté aux réunions d'un certain nombre de représentants. « Le local où vous êtes, s'écrie l'un d'eux, est loué par les membres de l'Assemblée nationale, aucun étranger n'assiste à la réunion, l'inviolabilité des représentants du peuple s'étendant aux lieux de leurs réunions, comme à leur domicile, nous protestons contre l'entrée des agents de l'autorité dans cet appartement et nous nous opposons formellement à toute perquisition. »

Malgré ces protestations, des perquisitions eurent lieu de force. Interpellé pour ce fait dans la séance du 27 juin par M. Baudin, le ministre de l'Intérieur, M. Dufaure, établit le point de droit dans les termes suivants : « On prétend que la prérogative parlementaire s'étend non seulement à la personne des représentants mais encore à leur domicile, aux lieux où ils jugent à propos de faire des réunions, mais qu'on me permette de le dire, une telle dérogation aux règles de l'égalité civile aurait besoin d'être écrite ou dans la constitution ou dans quelque loi. Or, je ne la vois écrite nulle part. Je relis avec tout le soin dont je suis capable toutes les constitutions que nous avons eues en France

depuis 1791. J'y vois partout écrite l'inviolabilité personnelle du représentant, la défense de le poursuivre sans l'autorisation de l'Assemblée à laquelle il appartient, mais je n'ai vu nulle part envelopper dans la même inviolabilité et le domicile et les lieux où les représentants jugent à propos de se réunir à leurs collègues. Mais que prétendez-vous dire ? que nos maisons, nos domiciles constituent dans l'enceinte de la capitale sept cent cinquante asiles comme ceux du moyen âge dans lesquels nous pouvons dissimuler à volonté et les coupables et les documents qui pourraient prouver leurs crimes ? » M. Baudin soutint qu'il y avait eu attentat contre l'inviolabilité dont les représentants du peuple sont revêtus et insista pour obtenir satisfaction par un vote de l'Assemblée. M. Odilon Barrot, président du conseil, intervint et dit : « C'est faire un abus de mot que de demander que le privilège qui s'interpose entre la justice et le député soit étendu même au domicile, même aux personnes qui sont dans le domicile. Il n'y a qu'un exemple dans nos lois d'une pareille inviolabilité du domicile, de l'interdiction absolue à la justice d'un pays de s'y introduire, c'est pour le domicile des agents à l'étranger, parce que, par une fiction légale, le domicile qu'ils habitent n'est pas réputé faire partie du territoire, il est réputé faire partie du territoire étranger. Quant au domicile des députés, je pense que vous ne réclamez pas le privilège d'une pareille fiction... Il y

a une immense différence entre l'inviolabilité de la personne et celle du domicile. L'inviolabilité de la personne, c'est qu'on ne peut vous arracher à votre mandat, c'est que vous pouvez toujours, à moins que l'assemblée n'intervienne, accomplir votre mandat, c'est que l'accès de cette tribune ne peut vous être interdit par aucun pouvoir extérieur. C'est dans les limites des nécessités de votre mandat que le privilège existe. Mais vouloir étendre ce privilège au domicile, vouloir faire de ce domicile un lieu d'asile, vouloir protéger par cette inviolabilité de votre personne, même un objet matériel, même une circonscription de terrain et en interdire l'action à la justice, ce serait l'extension la plus abusive et la moins justifiable donnée à ce privilèges et vous savez que les privilèges ne peuvent jamais s'étendre.

L'assemblée approuva implicitement les explications données par le gouvernement en passant à l'ordre du jour (1).

Nous avons tenu à rapporter tout au long ces explications, qui exposent excellemment les différentes théories sur la matière. L'opinion soutenue par le gouvernement de cette époque nous paraît s'imposer. En pratique, néanmoins, le juge d'instruction, avant de perquisitionner, devra en référer à la Chancellerie, comme cela est admis en matière politique.

1. Pierre. *Manuel de droit parlementaire*, p. 69 et suiv.

Toutes les personnes autres que celles qui sont visées dans l'article 378 du Code pénal sont moralement tenues à conserver secrètes les confidences qui leur ont été faites. Mais quelque blâmable que soit leur action, le fait par elles de les révéler ne tombe pas sous l'application de la loi pénale, et, lorsqu'elles sont appelées en justice, elles ne peuvent se refuser à dire ce qu'elles savent sous prétexte qu'il s'agit de confidences qui leur ont été faites et qu'elles ont promis le secret sous serment. Par conséquent le juge peut perquisitionner chez toutes personnes recélant des pièces à conviction, même déposées chez elles confidentiellement. Mais on peut se demander s'il en est de même à l'égard des personnes tenues par le secret professionnel qui encourent une pénalité au cas où elles violeraient les secrets dont elles sont dépositaires à raison de leur qualité ou de leur profession. Il est difficile d'admettre que les agents de l'autorité puissent en perquisitionnant par la force dans leur domicile, obtenir la révélation de secrets que la loi a interdite; c'est ainsi qu'un juge d'instruction en exerçant son pouvoir de contrainte pourrait faire violer la loi.

Les personnes, qui sont tenues par le secret professionnel, sont les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes auxquels il faut assimiler les propriétaires des maisons d'accouchement et tous ceux qui sont dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie, disposition sous laquelle la jurisprudence comprend les magistrats, avocats, avoués,

notaires, agréés près les tribunaux de commerce, greffiers et leurs commis assermentés, les membres des bureaux d'assistance judiciaire, les agents de change, les prêtres et ministres des cultes, les agents de police.

En premier lieu, il est hors de doute que si l'avocat, l'avoué, le médecin sont inculpés, les agents de l'autorité peuvent s'introduire dans leur domicile, sans aucune restriction pour y perquisitionner. Il en est de même si ces personnes détiennent des objets ou papiers à l'occasion de circonstances étrangères à leur profession (1). Mais la question devient très délicate quand il s'agit de savoir si les agents de l'autorité, exerçant des poursuites contre un tiers peuvent perquisitionner chez une personne tenue par le secret professionnel, qui s'est trouvée en rapport avec l'inculpé.

D'après un premier système, le juge d'instruction pourrait perquisitionner sans restriction au domicile des personnes tenues par le secret professionnel. C'est seulement son droit de saisie qui pourrait être restreint à leur égard. D'après cette théorie, le magistrat instructeur pourrait faire toutes les constatations utiles mais sans pouvoir saisir les papiers ou objets qui y ont été déposés à titre confidentiel. La loi, disent certains auteurs, autorise la saisie des pièces arguées de faux dans les hypothèses prévues par les articles 452 et 454 I. Mais à ces deux cas, ne faut-il pas ajouter

1. Hélie, t. IV, n° 1817. — Marcy, n° 1403.

celui qui prévoit l'exercice normal des pouvoirs d'investigation du juge instructeur ? Le droit de ce dernier peut s'exercer en tous lieux où on peut présumer que des objets utiles à la manifestation de la vérité se trouvent dissimulés. Quel serait le fondement d'une immunité locale ? Il ne semble pas qu'elle puisse dériver de la prohibition que la loi édicte en vertu de laquelle les objets ou papiers déposés chez certaines personnes à titre confidentiel ne peuvent servir de preuves contre un accusé.

Le domicile d'un médecin n'est qu'une habitation privée. Les études des notaires ne sont que des dépôts publics dans les uns et les autres, les agents de l'autorité peuvent perquisitionner, Aucun texte de loi n'a restreint les pouvoirs du juge à cet égard. Les articles 452 et 454 I. ne sont que des applications du principe posé par les articles 88 et 89. Il semblerait d'ailleurs contradictoire que le juge ne pût ordonner en matière de banqueroute frauduleuse, d'abus de blanc-seing, d'escroquerie, un moyen d'instruction qu'il peut ordonner en matière de faux. En définitive, il n'existe pas une présomption que les objets détenus par les personnes soumises au secret professionnel, le soient à titre confidentiel. C'est au juge qu'il appartiendra de trancher cette question.

On peut objecter néanmoins que l'intérêt des familles exige que les secrets de la vie privée, que les actes et conventions passés entre particuliers restent invio-

lables. Mais, peut-on dire que le juge investi par la loi du pouvoir de perquisition, qui donne toutes les garanties aux justiciables, violent un dépôt sacré ? Si les objets ou papiers trouvés au cours de la perquisition sont étrangers à la prévention, le secret ne sera pas divulgué, si au contraire ils fournissent des indications utiles ou un élément à la prévention, pourquoi ne seraient-ils pas utilisés s'ils n'ont pas été confiés sous le sceau du secret. Seraient donc seulement *insaisissables* les objets que l'inculpé a été contraint à déposer à raison même de la nature du conseil ou de l'aide qu'il était venu chercher auprès du médecin ou du notaire. Cette théorie est conforme à la tradition de l'ancien droit qui considérait seulement comme inviolable la révélation faite à titre de confidence secrète, mais non les renseignements qu'un procureur ou qu'un médecin avait pu recueillir dans l'exercice de sa profession (1).

Un second système n'autorise la perquisition chez les personnes tenues par le secret professionnel que dans les cas prévus par la loi. En premier lieu, dans l'hypothèse des articles 452 et 454 en matière de faux, en second lieu dans l'hypothèse prévue par la loi de Frimaire an VII qui autorise la communication des répertoires et des actes notariés aux agents de l'enregistre-

1. Serpillen. *Code Criminel*, t. I, p. 447. — Hélie, t. IV, n° 1817.

ment. En dehors de ces cas, il y a présomption que les papiers et objets détenus par les personnes soumises au secret professionnel, le sont à titre confidentiel. Ces documents sont placés sous la sauvegarde de la loi. En vertu de cette théorie, le droit de perquisition du juge se trouve singulièrement restreint (1).

Un troisième système décide que la révélation que l'avocat, l'avoué ou le prêtre ont reçue n'a pas d'existence propre, que la justice ne peut compter sur cet aveu de l'inculpé. Celui-ci pouvait ne rien révéler, il ne l'a pas fait, il n'a parlé que parce qu'il se croyait sûr du secret. Au contraire, la pièce fausse, l'instrument du crime, l'objet dérobé, la pièce à conviction, existent réellement, indépendamment de la volonté de l'accusé, la justice les recherche partout où ils sont cachés. Peut-on dire que le cabinet du médecin ou l'étude de l'avoué sont des lieux sacrés, des asiles où l'on pourra tout recéler ? Ce serait dans beaucoup de cas assurer l'impunité au crime, il suffirait, le délit commis, de déposer toutes les pièces compromettantes chez un avocat, et le cours de la justice serait entravé (2).

La jurisprudence s'est ralliée à cette seconde opinion. Une information pour vol avait été dirigée contre une personne qui avait détourné des titres. L'avoué de cette dernière avait déclaré au juge n'avoir reçu

1. Garraud, p. 589. — Dutruc, t. III, p. 1120.

2. Le Poittevin. *Manuel des Parquets*. V^e. Secret professionnel.

aucune pièce se rapportant à cette affaire et qu'il croyait d'ailleurs en son âme et conscience devoir s'abstenir de répondre, parce que si des pièces lui avaient été remises, ce qu'il ne pouvait pas dire, il ne les avait reçues qu'en sa qualité d'avoué tenu par le secret professionnel. Le magistrat instructeur avait assimilé ce refus de déposer au refus de comparaître et avait condamné l'avoué à une amende. La Cour s'est exprimée en ces termes :

« Attendu qu'il est de principe que tout témoin doit déposer sur les faits qui sont à sa connaissance et dont la preuve est recherchée par la justice, que sans doute la loi elle-même a voulu pour des motifs d'ordre public que cette obligation cessât dans les cas où le secret professionnel s'impose au témoin, mais que dans l'espèce il s'agissait non d'un secret, mais du fait matériel d'un dépôt portant sur des valeurs soupçonnées de former le corps d'un délit, que l'avoué, pouvait s'il avait réellement reçu ce dépôt, le déclarer et en faire la remise au magistrat sans dire de quelle personne et dans quelles circonstances il l'avait reçu. » La condamnation a été maintenue (1).

Dans le même sens est intervenu un arrêt de la Cour de Bruxelles. Un juge d'instruction avait rendu une ordonnance par laquelle il déclarait qu'il n'y avait pas lieu de procéder à une perquisition au domicile d'un avocat à l'effet de saisir une pièce arguée de faux fai-

1. Cass., 15 février 1901.

sant partie d'une procédure, en présence de l'opposition formée par cet avocat et motivée sur les prérogatives de son ordre. Sur l'opposition formée par le Ministère public, la Cour de Bruxelles, par arrêt du 22 mars 1837 décida que rien ne s'opposait à ce que cette perquisition fut pratiquée.

Telle est la portée de la règle du secret professionnel, elle ne crée au profit du domicile de certaines personnes aucune inviolabilité. Les magistrats instructeurs peuvent y perquisitionner, car ils peuvent saisir tous les objets qui se rattachent au délit qu'ils poursuivent.

Ainsi la plupart des restrictions qu'on a cherché à créer pour limiter les pouvoirs des juges d'instruction sont écartées par la jurisprudence qui consacre une fois de plus en ces matières la théorie de l'omnipotence du magistrat instructeur.

CHAPITRE IV

FORMALITÉS DES PERQUISITIONS

Après avoir étudié les règles de fond imposées aux juges d'instruction relativement aux visites domiciliaires, il convient d'examiner les formes qu'ils doivent observer au cours de ces opérations.

A. — *Cas ordinaires*

Présence de l'inculpé. — La première des formalités consiste en la présence de l'inculpé (1). Cette exigence a été critiquée à un double point de vue, au point de vue rationnel et au point de vue pratique. On a dit en premier lieu, que, sauf l'interrogatoire, tous les actes de l'instruction étaient faits contre l'inculpé, qu'on ne comprenait pas sa présence et celle de son défenseur lors de la perquisition qui est un acte dirigé contre lui, comme on peut l'admettre au moment d'un acte accompli à son profit (2). En second lieu on a contesté l'im-

1. Code d'Inst. crim., a. 39.

2. Milhaud et Monteux. *L'instruction criminelle*, p. 169.

portance pratique de la présence de l'inculpé sur les lieux. Devant le juge, a-t-on dit, le prévenu sera hésitant, inquiet et humble. Dans la dépendance extrême où il se trouve vis-à-vis du magistrat instructeur, risquera-t-il une observation et osera-t-il contredire et rectifier les résultats des opérations de justice?

Ces critiques ont été excellemment réfutées. Il est inexact de prétendre qu'un acte quelconque de l'information est dirigé contre l'inculpé, l'instruction devant se faire à charge comme à décharge. Mais, a-t-on déclaré, s'il est vrai que les constatations matérielles se font contre l'inculpé, ce serait surtout au cours des perquisitions qu'il faudrait accumuler au profit du prévenu le plus de garanties et notamment exiger sa présence sur les lieux (1). Quant à l'argument tiré de son inaptitude à contrôler sérieusement les actes d'information, il peut être facilement réfuté, si on exige également la présence du défenseur dont le rôle consiste à reconforter son client et à lui donner plus d'assurance devant le juge.

La règle qui prescrit la présence de l'inculpé au cours des perquisitions nous vient de l'ancien droit (2). Elle se justifie aisément par cette considération qu'il est de l'intérêt non seulement du prévenu, mais encore de la justice elle-même que toutes les opérations

1. Mouzot-Thibault. *L'instruction préparatoire*, p. 446.

2. Jousse, t. II, p. 62.

de l'instruction soient faites contradictoirement, les preuves recueillies au cours des perquisitions devant plus tard être produites devant la juridiction répressive, il importe donc que le prévenu puisse surveiller les opérations du juge, fournir toutes les explications qu'il jugera utiles, contester les investigations vexatoires et superflues.

Cette collaboration du juge avec le prévenu semble d'ailleurs résulter de l'esprit de la loi, qui charge le magistrat d'instruire tant à charge qu'à décharge.

Mais dans quels cas la présence de l'inculpé est-elle nécessaire ? D'après certains auteurs, la loi n'exige cette formalité que lorsque l'inculpé a déjà été arrêté (1). En effet, dit-on, la perquisition fait présumer l'existence d'une inculpation à sa charge. S'il n'a pas été arrêté, c'est qu'il s'est soustrait par la fuite à une arrestation. D'après ce système les mots « s'il ne veut ou ne peut y assister » ne visent que l'hypothèse où l'inculpé a été arrêté ; dans le premier cas, il refuse formellement d'assister à la perquisition, dans le second cas, il ne peut être transporté, car il est par exemple malade ou blessé.

Une seconde opinion estime que les termes de la loi envisagent une double hypothèse, celle où l'individu est arrêté et ne peut être transporté, et celle où il est

1. Hélie, t. IV, n° 1810.

encore en fuite (1). Il faut donc conclure que le prévenu arrêté ne peut se refuser à assister à une perquisition et, au cas où il y aurait lieu à vaincre sa résistance, la contrainte pourrait être exercée contre lui. Dans un cas seulement, sa présence ne serait pas nécessaire, c'est lorsqu'il y aurait pour lui impossibilité matérielle absolue de se transporter sur les lieux. Ce système nous paraît être un peu en désaccord avec l'interprétation littérale du texte. Une troisième opinion nous paraît préférable : dans un premier membre de phrase, pensons-nous, la loi a envisagé l'hypothèse où le prévenu est arrêté, et dans ce cas elle exige sa présence sur les lieux. Dans un second membre de phrase, le texte prévoit le cas où l'inculpé est non détenu, il lui est alors permis de refuser d'assister à la perquisition et il n'y a pas lieu d'employer la force pour l'y contraindre. D'ailleurs dans tous les cas où le prévenu ne peut ou ne veut être présent, il lui est loisible de nommer un fondé de pouvoirs pour les représenter. Cette désignation ne doit entraîner aucun retard, il n'est pas besoin qu'elle soit faite par acte authentique, elle peut être verbale.

Quoi qu'il en soit, il convient de remarquer que la plupart des auteurs qui exposent les deux systèmes d'après lesquels la loi n'aurait visé dans l'article 39 que le cas où l'inculpé est arrêté ou en fuite, recon-

1. Mangin, t. I, p. 151.

naissent sans difficulté que tout inculpé, même libre, peut assister à la perquisition ou faire admettre un mandataire pour le représenter.

En effet, dit-on, dès qu'une prévention est dirigée contre un individu, cet individu est partie au procès, il doit prendre part à ses actes et l'intérêt de l'instruction exige qu'il puisse contester les preuves qu'on relève contre lui ou réclamer la constatation de celles qu'il estime lui être favorables.

Néanmoins, Carnot (I, p. 246, n° 4) estime que le prévenu ne serait pas admis à se faire représenter s'il s'était soustrait par la fuite à un mandat décerné contre lui, le fugitif ne devant pas être traité plus favorablement dans le commencement de l'instruction que dans les poursuites de contumace.

Tous les projets de réforme du Code d'instruction criminelle exigent la présence de l'inculpé au cours des perquisitions. Mais ils se bornent à reproduire le texte actuel sans trancher la controverse que nous avons exposée sur la faculté que possède le prévenu arrêté de refuser d'assister à cette opération d'instruction. Ils exigent, en cas où l'inculpé est absent, la présence de deux témoins ou d'un fondé de pouvoirs. Deux observations nous paraissent utiles à faire sur ce point ; ne conviendrait-il, pas en premier lieu, de spécifier qu'aucun avis préalable de la perquisition ne devrait être adressé au prévenu libre ? Le magistrat

instructeur devrait le convoquer à son cabinet et là l'aviser seulement qu'une perquisition doit être faite chez lui. En second lieu, il serait peut-être bon d'indiquer que la présence du prévenu détenu cessera d'être nécessaire, lorsque celui-ci n'aura pas son domicile dans l'arrondissement où se poursuit l'information ou quand la perquisition sera faite chez un tiers. Dans ces deux cas, la présence du maire de la commune ou de témoins suffira pour donner à la défense toutes les garanties nécessaires.

Présence des tiers. — La présence des tiers chez lesquels on perquisitionne doit-elle être exigée ? On pourrait en douter, car il ne s'agit plus ici de soumettre des preuves à la contestation de la défense et la loi est muette sur ce point. Néanmoins, la plupart des auteurs exigent cette formalité pour un double motif. D'abord, disent-ils, il ne convient pas qu'une maison soit fouillée, que des meubles soient ouverts par des agents de l'autorité, sans que le propriétaire soit averti, afin qu'il puisse surveiller les opérations et défendre ses intérêts personnels. Ensuite, le juge peut avoir des renseignements à demander aux tiers relativement à la possession de certains objets, ou relativement à certains faits qui se rattachent à cette possession. Enfin, pourrions-nous ajouter, il convient que les tiers chez lesquels on perquisitionne, qui sont déjà présumés dans une certaine mesure des complices puissent se défendre et contester les preuves qui seront,

très souvent produites contre eux devant la juridiction répressive.

Une proposition de loi déposée par M. Girard exige formellement la présence de toute personne chez laquelle une perquisition doit avoir lieu. Si cette personne est empêchée ou absente, cet acte d'instruction ne peut être retardé et l'avertissement est remis à un membre de sa famille ou à défaut à une personne de la maison ou encore à défaut au maire de la commune. Toutefois, pensons-nous, il y a lieu de donner cet avertissement verbalement et au moment même où la perquisition va avoir lieu, car il importe de ne pas divulguer à l'avance une opération qui serait souvent inefficace si elle n'était pas imprévue. Il faut également reconnaître aux tiers la faculté que possèdent les prévenus de se faire représenter par un fondé de pouvoirs qu'ils peuvent désigner verbalement.

On a même exagéré les formalités des perquisitions opérées chez les tiers et une proposition déposée par M. Clemenceau, ainsi qu'une autre déposée par M. de Castelnau ont en outre subordonné ces opérations à une ordonnance motivée rendue par la Chambre du conseil du tribunal. Une pareille innovation entraînerait une réforme générale de notre procédure criminelle.

Présence de l'avocat. — La présence de l'avocat sur les lieux n'est pas exigée par la loi française. Certains auteurs estiment même que la conciliation est impos-

sible entre l'obligation de convocation préalable du conseil de l'inculpé prévu par la loi de 1897 pour les actes d'instruction proprement dit et le caractère inopiné que la perquisition doit conserver sous peine d'être inefficace. D'autres, d'ailleurs, pensent que l'avocat ne saurait logiquement assister son client au cours des actes qui sont dirigés contre lui. Ces arguments ne sont nullement convaincants. Nous avons déjà réfuté le second, quant au premier il ne fait pas obstacle à la présence de l'avocat sur les lieux, il suffira que le magistrat instructeur fasse apposer au préalable les scellés sur les appartements et sur les meubles qu'il doit visiter, puis convoque dans les délais légaux le conseil de l'inculpé, et procède en sa présence à la perquisition, après avoir levé les scellés. Mais il est juste de remarquer que ces formalités peuvent être gênantes et qu'il serait à souhaiter que les délais prévus par la loi de 1897 soient modifiés sur ce point. Telle était la réforme qu'indiquait à la Chambre des députés, dès 1884, l'honorable rapporteur du projet de réforme de l'instruction criminelle, M. Goblet. On a encore fait ressortir une troisième difficulté qui résulterait de l'exigence de la présence du conseil de l'inculpé aux perquisitions, si cette perquisition doit avoir lieu à une grande distance de la localité où réside l'avocat ou dans un autre arrondissement, qui paiera ses frais de transport et de séjour ? On peut répondre que, dans le silence de la loi, il con-

viendra de recourir au tarif criminel (décret de 1811) qui règle le cas où une procédure exige des dépenses extraordinaires non prévues, et les frais de l'avocat seront remboursés sur les frais généraux de la justice criminelle à titre de dépenses extraordinaires, si le Procureur Général estime que la dépense doit être autorisée(1). D'ailleurs, en cas d'impossibilité pour le défenseur de se déplacer, il serait à désirer qu'une réforme urgente décidât que son assistance pourrait être suppléée par la présence de témoins désignés par l'inculpé.

D'une part, les différents arguments contraires à la présence de l'avocat sur les lieux étant écartés, d'autre part l'article 38 du Code d'instruction criminelle prescrivant un interrogatoire sur les objets saisis, et l'article 9 de la loi de 1897 rendant obligatoire l'assistance du conseil à tout interrogatoire de l'inculpé, il semble que la loi ne permette plus jamais l'application stricte des articles 38 et 39 du Code d'instruction criminelle qu'au cas de flagrant délit. Dans presque tous les cas, le conseil de l'inculpé sera convoqué pour assister aux perquisitions ; mais, ainsi que nous l'avons dit, le magistrat instructeur aura au préalable fait apposer les scellés sur les locaux qu'il doit visiter (2). S'il en

1. Le Poittevin. *Journal des Parquets*, 1897, n^{os} 2. 3.

2. Circ., 23 février 1887.

était autrement, il y aurait de grandes difficultés pratiques. Supposons en effet que les magistrats se transportent, que l'inculpé les suive et que l'avocat de ce dernier ne soit pas convoqué, s'il est nécessaire d'interroger le prévenu, que va-t-il se passer ? Ou bien le juge ne pourra pas poser des questions qu'imposerait peut-être l'importance des constatations opérées, ou bien, s'il est absolument nécessaire de les poser à l'inculpé, les magistrats devront attendre que le défenseur enfin prévenu soit arrivé sur les lieux. D'où il résultera une grande perte de temps ou une entrave aux opérations judiciaires.

L'assistance de l'avocat aux perquisitions a été exigée dans tous les projets de réforme de l'instruction criminelle. Dès 1882, elle était mentionnée dans le projet discuté devant le Sénat et l'avocat devait assister l'inculpé chaque fois que le Procureur de la République était présent à l'opération. Cette proposition parut alors trop osée, mais elle a été reprise depuis, notamment par M. Girard. Il faut espérer qu'elle recevra sous peu une consécration législative.

Présence du Procureur de la République. — Sous l'empire du Code d'instruction criminelle (1) le juge d'instruction qui se transporte sur les lieux doit toujours être accompagné du Procureur de la République.

1. Code d'inst. crim., a. 62.

Cette disposition a été critiquée par certains auteurs qui s'étonnent que la loi ait considéré comme une garantie au profit de l'inculpé la présence de son adversaire, le ministère public, au cours des perquisitions (1).

Quoi qu'il en soit, la prescription de l'article 62 est absolue et ne souffre aucune dérogation, lors même par exemple, que le juge ne se transporterait sur les lieux que pour y refaire en vertu de l'article 60 des actes incomplets (2). Si le Procureur de la République se trouve dans l'impossibilité d'assister le juge d'instruction, aux termes de l'article 20 du décret du 18 août 1810, le Procureur est suppléé par ses substituts dans l'ordre de leur nomination, à défaut, par un juge désigné par le tribunal.

Mais il convient de se demander ce que doit faire le juge d'instruction si, malgré ses réquisitions, le Procureur refuse de l'accompagner dans un transport jugé par lui nécessaire. D'après un premier système, le juge devrait alors adresser une réquisition au substitut et, subsidiairement, demander au tribunal de déléguer un juge pour remplacer le Procureur, conformément au décret de 1810 (3). D'après une seconde opinion, le magistrat

1. Morizot-Thibault, précité, p. 446.

2. Carnot, t. I, p. 291, n° 1.

3. Carnot, précité, p. 298, n° 1.— Bourguignon, t. I, p. 170.

instructeur, qui aurait fait toute diligence pour requérir le Procureur de l'accompagner, pourrait, en l'absence de ce magistrat, procéder à des perquisitions régulières (1).

La plupart des auteurs estiment que le premier système que nous venons d'exposer est inadmissible, car le Procureur, qui refuse d'assister à un transport, n'est point empêché, et le faire remplacer, soit par un substitut, c'est violer les règles de la hiérarchie, soit par un juge, c'est transporter au tribunal les pouvoirs du ministère public. On estime généralement que le juge d'instruction, s'il n'y a pas péril en la demeure doit en référer au Procureur Général, qui pourrait enjoindre à son substitut d'assister au transport ; et, en cas d'urgence, qu'il aurait le droit, après avoir adressé des réquisitions infructueuses au parquet, de se transporter avec la seule assistance de son greffier (2). La jurisprudence est fixée en ce sens (3).

Présence de la partie civile. — La présence de la partie civile aux opérations judiciaires n'est pas autorisée par la loi, car il est de principe constant que la partie lésée ne participe pas à l'exercice de l'action publique et qu'elle n'a d'autre droit que ceux qu'un texte formel lui accorde.

1. Carnot, p. 299, n° 3.

2. Hélie, t. IV, n° 1620-1789. — Massabian, t. II, n° 2332. — Garraud, n° 451.

3. Montpellier, 25 juin 1846. P. 46-2-129.

Présence du greffier. — L'assistance du greffier à la perquisition est nécessaire. Le greffier constitue avec le juge la juridiction d'instruction ; sa mission ne consiste pas seulement à écrire les procès-verbaux sous la dictée du juge, il rend authentiques les constatations que fait ce magistrat. Il faut en conclure qu'il peut intervenir auprès du juge pour corriger les inexactitudes matérielles que ce dernier peut commettre par erreur en dictant le résultat de ses opérations.

Il convient de remarquer qu'il résulte du texte de l'article 62 I. que la faculté que possède le juge d'instruction en cas de flagrant délit de suppléer à l'assistance du greffier par celle d'un citoyen quelconque n'est pas applicable en matière ordinaire. Mais si le juge doit en principe se faire accompagner par le greffier du tribunal ou l'un de ses commis, il pourrait en cas d'empêchement remplacer le greffier en commettant une personne ayant l'âge exigée par la loi, ayant la qualité de français et qui prêterait le serment requis (1). On estime aussi que le magistrat instructeur peut se faire assister du greffier de la justice de paix du canton où il se transporte.

En pratique, il existe parfois un abus qui consiste à associer à la perquisition non pas un commis greffier régulièrement nommé, assermenté, pourvu de l'admittatur du tribunal, mais un simple employé du greffe, qui

1. Cass., 3 septembre 1852. — Hélie, IV, n° 1790.

est censé prêter serment avant chaque opération. D'autre part, il arrive souvent à Paris ou dans une grande ville qu'une perquisition est opérée par le juge sans l'assistance du greffier, et voici dans quelles conditions : le juge commet un commissaire de police pour perquisitionner, puis il se rend en personne sur les lieux et collabore avec cet officier de police judiciaire. C'est le commissaire qui agit officiellement et le greffier n'a pas besoin d'être présent. Pour remédier à ces pratiques illégales, M. Girard rappelle, dans sa proposition de loi relative à la procédure criminelle que le juge d'instruction doit toujours être assisté du greffier du tribunal.

B. — *Flagrant délit*

Le Procureur de la République, qui se transporte isolément en cas de flagrant délit doit être assisté du maire, de l'adjoint ou deux citoyens de la commune (1). Cette obligation doit-elle être étendue aux juges d'instruction ? D'après un premier système, les juges d'instruction sont investis en matière de flagrant délit des mêmes droits que les Procureurs de la République, ils sont soumis aux mêmes obligations et doivent se conformer aux dispositions de l'article 42 I.

Mais d'après une seconde opinion, qui nous paraît plus

1. Code d'Inst. crim., a. 42.

conforme aux principes que nous avons exposés, le juge d'instruction, en cas de flagrant délit, ne peut pas être considéré comme agissant aux lieu et place du Procureur de la République, il perquisitionne en vertu de ses pouvoirs propres, avec cette seule différence que son action n'est pas subordonnée à l'existence d'une réquisition préalable du parquet. D'autre part, les garanties que donne l'article 42 à l'inculpé n'ont de raison d'être qu'à l'égard du Procureur de la République ou de ses auxiliaires, qui ne sont investis qu'accidentellement du droit de perquisition.

Il convient aussi de remarquer qu'en cas de flagrant délit, les dispositions de la loi de 1897 ne s'appliquant pas, le juge d'instruction peut, hors la présence de son avocat, interpellier l'inculpé sur les objets qu'il a saisis.

Enfin, certains auteurs admettent que le juge d'instruction peut se transporter sur les lieux sans être accompagné de son greffier, à raison de ce fait que le Procureur de la République dont il occupe la place en cas de flagrant délit, n'est pas en principe assisté d'un greffier. Pour les raisons exposées plus haut, cette opinion nous paraît inadmissible.

C. — *Formalités communes à tous les cas*

D'après certains auteurs, il n'est pas nécessaire que le juge d'instruction rende une ordonnance à l'effet de prescrire son propre transport sur les lieux. Il suffit

que le Procureur de la République soit prévenu du jour et de l'heure de la descente. Mais il en sera autrement, pense-t-on, quand le transport sera ordonné d'office par le magistrat instructeur et quand le Procureur de la République paraîtra ne pas vouloir l'accompagner. En ce cas, le juge agira prudemment en rendant une ordonnance de transport par laquelle il met le parquet en demeure de l'accompagner (1).

Une seconde opinion estime que le juge doit toujours rendre une ordonnance de transport. La loi du 16 septembre 1791 et l'article 108 du Code de Brumaire de l'an IV exigeaient cette formalité et ces deux textes ne sont pas tombés en désuétude. L'utilité de cette ordonnance nous paraît manifeste ; non seulement elle sert à compléter les pièces du dossier, mais encore elle oblige le magistrat instructeur à préciser exactement le lieu de la perquisition et son objet. D'ailleurs, cette ordonnance doit être communiquée au parquet avec réquisition d'accompagnement.

La jurisprudence ne reconnaît pas à cette ordonnance le caractère juridictionnel, elle doit être considérée comme une simple décision d'administration judiciaire. En conséquence, elle n'a pas besoin d'être notifiée au conseil de l'inculpé (2). En fait, elle doit être signifiée

1. Duverger, t. I, p. 412. — Fuzier-Hermann, V^o Inst. crim., n^o 221.

2. Cass., 8 déc. 1899. — Cass., 19 janv. 1901.

car nous avons vu que la pratique admet l'utilité de la présence de l'avocat aux perquisitions.

Toutes les perquisitions du juge d'instruction doivent être constatées par un procès-verbal, qui est rédigé au fur et à mesure qu'elles s'accomplissent. Ce procès-verbal, qui est d'ailleurs soumis aux formes communes à tous les procès-verbaux, doit contenir l'indication du lieu où il est dressé, la date de sa rédaction, les noms de juge, de l'officier du ministère public et du greffier, les noms des témoins de l'opération, et la mention de l'ordonnance en vertu de laquelle la perquisition est faite. Il doit mentionner l'accomplissement de toutes les formalités légales. Il doit enfin énoncer l'objet des recherches, spécifier les constatations successivement opérées. Le juge, dans le procès-verbal de ses opérations, doit se borner à constater les faits dont il a été témoin, sans les apprécier.

Sanctions des formalités. — Il convient maintenant d'étudier les sanctions que la loi consacre à l'inobservation de ces formalités. Ni la présence de l'inculpé, ni celle des tiers aux perquisitions n'est prescrite à peine de nullité (1). Il suffit pour que l'opération soit valable que les intérêts de la défense aient été sauvegardés, et on considère qu'ils le sont lorsque les objets saisis et transportés au greffe ont été présentés dans un bref

1. Cass., 24 fév. 1883.

délai à l'inculpé pour qu'il les examine et les reconnaisse.

L'absence du Procureur de la République ou du greffier du juge d'instruction ne paraît pas non plus devoir entraîner la nullité de la perquisition, car il est admis que le juge d'instruction peut agir sans l'assistance du parquet, lorsque son chef refuse de collaborer à un transport ; il est également reconnu par certains qu'il peut agir sans l'assistance de son greffier, lorsqu'il s'agit de flagrant délit.

Enfin, l'absence de l'avocat ne pourrait entraîner que la nullité de l'interrogatoire au cours de la perquisition sans atteindre l'opération en elle-même.

La pratique considère comme inutile l'ordonnance de transport et se contente d'un avis officieux adressé au parquet. La jurisprudence distingue parmi les formalités prescrites pour la validité des procès-verbaux, celles qui sont substantielles, telles que la date et la signature et dont l'omission peut entraîner la nullité de l'acte, et celles qui ne sont que secondaires, telles que les différentes mentions, dont l'omission n'a pas d'influence sur le sort du procès-verbal.

Il nous semble que les juges doivent considérer les pièces recueillies au cours d'une perquisition dont le procès-verbal est nul, comme inexistantes, quant aux preuves fournies par des opérations simplement irrégulières, elles peuvent être contestées au point de vue

juridique par l'inculpé (1). De nombreux projets de réforme édictent la nullité des perquisitions illégales et consacrent l'obligation pour la juridiction répressive d'écarter des débats les preuves ainsi recueillies.

1. Cass., 19 juin 1865.

CHAPITRE V

DES DÉLÉGATIONS JUDICIAIRES

DÉLÉGATIONS DONNÉES PAR LES JUGES D'INSTRUCTION

A. — *Cas ordinaires*

Nous venons d'étudier le droit de perquisition exercé par le juge d'instruction lui-même, il convient de nous demander si ce magistrat peut faire pratiquer ces opérations par d'autres juges d'instruction ou par l'intermédiaire des officiers de police judiciaire, auxiliaires de Procureur de la République, auxquels il donne délégation à cet effet. Quand ils'agit de rechercher des pièces à conviction qui ne se trouvent pas dans les lieux soumis à sa juridiction, le juge a droit de déléguer ses pouvoirs au juge d'instruction du ressort où ils peuvent se trouver. L'article 90 I. contient sur ce point une disposition formelle. Nous avons vu précédemment que le magistrat instructeur a seul le pouvoir de pénétrer dans le domicile des citoyens à l'effet d'opérer des recherches. Cette règle est implicitement consacrée par l'article 90, puisque ce n'est qu'au juge du lieu où la perquisition doit être

opérée que la délégation doit être envoyée, et que la disposition du deuxième alinéa de l'article 84, qui permet de déléguer l'audition de témoins au juge de paix, n'est point reproduite en ce qui concerne le droit de perquisition. La délégation des perquisitions, quand elles doivent être effectuées en dehors du ressort du juge d'instruction, est nécessaire et forcée, puisque le magistrat instructeur ne peut, en principe, sauf en matière de faux ou de fausse monnaie, instrumenter en dehors de l'arrondissement auquel il est attaché.

Il convient de remarquer que le droit de commettre ne peut être exercé qu'à l'égard d'un juge d'instruction et non d'un tribunal entier ou même d'un simple juge autre que celui qui est chargé d'instruire. Nulle disposition de loi n'accordant au juge d'instruction le droit concédé aux conseillers instructeurs dans le cas particulier par l'article 237-I.

Les magistrats instructeurs peuvent déléguer les rapporteurs près les conseils de guerre des armées de terre et de mer, sauf, bien entendu, certaines formalités. En effet, ces rapporteurs sont de véritables juges d'instruction dans leur spécialité (1).

Mais quand il s'agit de perquisitionner dans les limites de son ressort, le juge d'instruction peut-il

1. Code de justice militaire, a. 102.

déléguer cette opération, soit à un juge de paix, soit à tout autre officier de police judiciaire ?

D'après un premier système (1), dans cette hypothèse, aucune délégation n'est possible et le juge est tenu d'opérer lui-même. Les motifs de cette opinion résident dans une interprétation littérale des textes. Les articles 87 et 88 I. qui établissent le droit du juge de se transporter dans le domicile des citoyens, n'ont pas reproduit la faculté qu'ils ont de déléguer un juge de paix pour audition des témoins (art. 83 et 84). D'autre part, l'article 89 ne renvoie pas à l'article 52 qui permet au Procureur de la République de charger un officier de police judiciaire de faire les actes de sa compétence. Enfin, l'article 90 n'autorise une délégation en dehors du ressort qu'au profit d'un juge d'instruction, excluant ainsi les officiers de police judiciaire.

La délégation ne peut être de droit commun en matière criminelle. On peut l'admettre quand il s'agit d'audition de témoins, mais quand il importe de recherches de pièces à conviction, et quand il est permis pour atteindre ce but soit d'employer toutes les formes de contrainte, soit d'envahir le domicile des particuliers, il est dangereux d'admettre que le juge puisse déléguer l'espèce de pouvoir juridictionnel qu'il pos-

1. Carnot, t. II, a. 374, n° 1. — Hélie, n° 1803.

sède à cet égard à des officiers de police. Les citoyens ne seront plus protégés, si on substitue à la forme judiciaire la forme administrative, si on imprime à une mesure de justice le caractère d'un acte de police. D'ailleurs l'article 52 ne prévoit qu'un cas urgent, le flagrant délit, dans lequel toutes les règles de l'instruction ordinaire sont suspendues. Ensuite le Procureur de la République ne fait dans ce cas que déléguer un acte qui se trouvait déjà au nombre des pouvoirs dont l'officier de police judiciaire est investi, puisque, d'après l'article 49, ce dernier a le droit de faire lui-même, en cas de flagrant délit tous les actes de la compétence du Procureur.

On ne peut pas en déduire le droit du juge de déléguer dans un cas non flagrant, un acte de perquisition à un officier incompetent. D'ailleurs, il faudrait par analogie autoriser la délégation au profit de tous les officiers de police judiciaire alors que la loi ne prévoit que l'hypothèse d'une délégation à un juge de paix. Enfin, il est permis de se demander comment le Procureur de la République, qui doit assister aux perquisitions, devrait se comporter à l'égard d'un de ses inférieurs investi d'une délégation.

D'après un second système (1), les nécessités de la

1. Lagraverend, t. I, p. 285. — Teulet d'Auvilliers et Sulpicy, a. 87, n° 5. — Bourguignon, t. I, p. 195. — Duverger, t. II, n° 368. — Massabian, t. II, p. 102.

pratique doivent faire admettre la validité de ces délégations. En effet, si le juge est appelé simultanément sur plusieurs points de son ressort pour perquisitionner, comment fera-t-il ? D'autre part, les articles 83 et 84 sont purement démonstratifs et le droit de délégation ne peut être enfermé dans les deux cas prévus par ces articles.

Ces raisons ont convaincu les tribunaux et dans la pratique les juges d'instruction chargent quotidiennement les fonctionnaires de police judiciaire de procéder à des visites domiciliaires. Mais il convient de remarquer que ces délégations ne peuvent être relatives qu'à des opérations spéciales, et une délégation permanente et générale d'un magistrat instructeur à un officier de police judiciaire à l'effet d'opérer toutes perquisitions utiles dans une affaire ou toutes les visites domiciliaires que le service de la justice pourra réclamer dans une circonscription territoriale ne serait pas valable (1).

Il a été décidé qu'un juge d'instruction peut déléguer un juge de paix de son arrondissement (2). Certains auteurs estiment, en s'attachant aux termes de l'article 83 qu'ils considèrent comme restrictif, que le juge peut néanmoins déléguer ses fonctions au juge de paix du

1. Cir., 21 juillet 1854.

2. Cass., 6 mars 1841. — Cass., 16 janvier 1869.

canton de sa résidence (Carnot, sous A. 83, n° 2. — Sarraute, n° 779. — Cass., 16 janvier 1869). Mais cet avis est combattu par certains auteurs qui soutiennent au contraire que le droit du juge n'est pas limité par l'article 83 et qu'il peut user dans tous les cas du pouvoir qu'il tient des principes généraux de la législation (1). Cet avis nous paraît devoir prévaloir.

Un commissaire de police (2) peut être commis par un juge pour perquisitionner. A cet égard, il convient de remarquer qu'à Paris et dans certaines grandes villes on a créé des commissaires spéciaux aux délégations judiciaires. Le juge peut encore commettre un simple maire de commune (3). Il aurait même le droit de donner délégation à un officier de gendarmerie, qui est auxiliaire du Procureur de la République.

En matière de fraudes alimentaires, l'article 2 du décret du 31 juillet 1906 énonce les différents fonctionnaires qui peuvent opérer des prélèvements. On s'est demandé si le juge d'instruction était obligé de déléguer seulement ces agents à l'exclusion de tous les autres officiers de police judiciaire, mais la négative a été admise, car il a été décidé, ainsi que nous avons eu l'occasion de le dire, qu'en matières spéciales, les pou-

1. Bourguignon, t. I, p. 193. — Duverger, t. II, p. 149. — Le Poittevin, V^o Commission rogatoire.

2. Cass., 21 novembre 1879. — Cass., 13 juin 1872.

3. Cass., 8 juin 1872.

voirs de droit commun du juge ne subissaient aucune restriction (1).

Le juge peut-il commettre rogatoirement un Procureur de la République pour procéder à des actes d'information? Un arrêt de la Cour de cassation (2) a admis la validité d'une commission rogatoire qui avait pour but de recueillir des renseignements de moralité sur un inculpé. Mais on peut conclure des circonstances de la cause qu'une commission rogatoire donnée à un Procureur de la République afin de perquisitionner serait illégale. Au premier abord, il semble étrange que le chef d'un parquet dispose de moins de pouvoirs que ses inférieurs, qui veulent être valablement commis, mais il ne faut pas oublier que le Procureur a personnellement l'exercice de l'action publique, et qu'on ne saurait admettre en aucun cas que l'adversaire de l'inculpé puisse accomplir lui-même et tout seul, des actes d'information dirigés contre le prévenu.

Nous avons vu que la jurisprudence admettait la validité des commissions rogatoires délivrés à tous les officiers de police judiciaire, à l'exclusion des Procureurs de la République. Mais il importe de remarquer que ces magistrats ne peuvent être légalement commis que par le juge d'instruction de leur ressort, d'où

1. Paris, 6 nov. 1907. P. 1907. 2. 357. — Circ., 30 sept. 1908.

2. Cass., 24 déc. 1904.

découle la conséquence que si le juge chargé de l'instruction d'une affaire se trouve amené à donner commission rogatoire hors de son arrondissement, il ne peut l'adresser qu'au juge d'instruction près le tribunal du lieu, sauf à celui-ci à subdéléguer un officier de police judiciaire.

B. — *Flagrant délit*

L'hypothèse de flagrant délit n'appelle que de très brèves observations. Dans ce cas, on s'accorde généralement à reconnaître au juge le droit que l'article 283-I. donne au Procureur de la République agissant comme officier de police judiciaire, de déléguer directement un juge de paix d'un arrondissement voisin (1). Les motifs d'utilité publique qui ont déterminé dans l'intérêt de la répression cette extension de pouvoir sont les mêmes lorsqu'il s'agit du juge. Il en sera de même en matière de fausse monnaie, puisque la compétence du magistrat instructeur s'étend en dehors de son ressort.

On peut remarquer qu'en cas de flagrant délit, l'argument qu'on invoque contre l'usage des délégations au profit des officiers de police judiciaire tiré de l'incompétence légale de ces fonctionnaires pour perquisitionner disparaît. Aussi semble-t-on admettre d'une manière

1. Duverger, t. II, n° 383. — Mangin, t. II, p. 130. — Bourguignon, t. I, p. 192.

générale la validité des commissions rogatoires délivrées à des officiers de police judiciaire dans l'hypothèse de flagrant délit.

Cette pratique qui consiste à déléguer le droit de perquisition à des agents qui ne relèvent que pour moitié de l'autorité judiciaire et qui dépendent pour l'autre moitié du pouvoir administratif peut présenter de sérieux inconvénients. Ces agents, a-t-on dit, ne manqueront pas de rendre compte de leur mission à leurs supérieurs hiérarchiques qui s'arrogeront le droit soit de contrôler les ordres donnés par le juge et de les rectifier à leur gré, soit d'employer les pièces ou objets saisis sans contrôle à d'autres fins que la manifestation judiciaire de la vérité. C'est ainsi qu'un juge d'instruction avait un jour ordonné la saisie de papiers au domicile d'un citoyen. L'ordre fut exécuté par un commissaire aux délégations judiciaires, qui, à raison des circonstances spéciales, crut devoir informer le préfet de police, son chef. Celui-ci examina les papiers et les rendit à l'inculpé. Il fallut une seconde commission rogatoire pour faire exécuter les prescriptions du juge. Les commissaires de police ne devraient en aucun cas informer la préfecture de police du résultat des commissions rogatoires, et encore moins l'administration devrait-elle ordonner des restitutions de ce genre. L'ingérence des préfets peut bouleverser la marche d'une procédure et rendre impossible l'action de la justice en faisant res-

tituer des pièces saisies par l'ordre du juge d'instruction et en les faisant saisir le lendemain en vertu d'autres pouvoirs afin de les soustraire à la mainmise du juge d'instruction.

Pour remédier à cette abus, la proposition de loi présentée par M. Girard exigeait que le juge d'instruction opérât lui-même les perquisitions et ne pût déléguer rogatoirement qu'un juge de son tribunal ou en dehors du ressort tout autre juge d'instruction à l'effet de procéder à des perquisitions.

La proposition Clémenceau était conçue dans le même esprit et retirait expressément le droit de recevoir délégation à tous les officiers de police judiciaire ou administrative, sauf dans le cas où il s'agissait de la saisie d'un ou de plusieurs objets déterminés. que le mandat de perquisition devait déterminer très nettement.

Mais s'il est désirable, a-t-on objecté, que le juge opère lui-même les perquisitions, il ne faut pas exagérer la rigueur de cette règle. Une perquisition comprend souvent des opérations multiples et diverses : fouilles dans un jardin, sondages dans une cave ou dans un mur, criblage des cendres d'un foyer ou des grains d'un grenier, qui nécessitent l'emploi d'ouvriers et doivent se faire simultanément en plusieurs endroits, en sorte que le rôle du juge se réduit dans bien des cas à une simple surveillance. On a critiqué d'autre part la disposition permettant aux juges d'instruction de don-

ner commission rogatoire à tout juge de son tribunal. Dans les tribunaux peu chargés, elle est certainement inutile. Dans les tribunaux importants divisés en plusieurs chambres et possédant plusieurs juges d'instruction, elle soulève des difficultés, car les délégations ne doivent entraver ni le service des audiences, ni celui des enquêtes civiles. D'autre part on permettrait ainsi au juge d'instruction de composer à sa guise la chambre correctionnelle, chargée de juger telle affaire particulière, car la délégation mettrait le magistrat qui l'aurait reçue dans l'impossibilité de participer au jugement.

Tous ces projets de réforme concluent au maintien des commissions rogatoires afin de perquisitionner, mais ils les réservent en principe aux magistrats investis d'un pouvoir juridictionnel. M. Monis, dans un rapport au Sénat, exprime la même opinion. Aussi, sans nous attarder à discuter la validité théorique de la délégation en cette matière, en disant que la loi n'a pas envisagé cette hypothèse, que la perquisition n'est pas un acte uniquement juridictionnel, dont la délégation ne saurait être permise, nous nous bornerons à chercher la somme de garanties nécessaires et suffisantes qu'on peut donner aux justiciables pour les protéger contre les abus du pouvoir. Deux systèmes peuvent être suivis. Le premier consisterait à réserver aux juges de paix, magistrats présentant de grandes garanties au

point de vue indépendance et au point de vue professionnel le monopole des commissions rogatoires (1). D'après le second système, les perquisitions pourraient être déléguées à tous les officiers de police judiciaire, mais d'une part, les mandats devraient être rédigés en termes extrêmement précis, ils ne devraient laisser aucune initiative à l'agent d'exécution ; d'autre part, on pourrait ériger en délit le fait pour les agents de l'autorité d'avoir communiqué des renseignements aux personnes non autorisées à l'occasion des actes de perquisition dont ils auraient été chargés par commission rogatoire.

Délégations reçues par les juges d'instruction.— Nous avons vu que le juge d'instruction était seul apte en principe à pénétrer dans le domicile des citoyens, aussi peut-il être délégué par tous les magistrats, qui possèdent un pouvoir analogue ? C'est ainsi qu'il peut être commis dans le but de procéder à des perquisitions par la Cour d'assises, lorsqu'il y a lieu à supplément d'instruction contre des complices qui ne sont pas compris dans l'acte d'accusation (art. 433). Il peut être délégué par le président des assises procédant à une instruction complémentaire (Cass., 31 janv. 1895) par les magistrats désignés par le premier président de la Cour d'appel pour exercer les fonctions de juge d'instruction

1. Besnard précité, p. 60.

dans des poursuites dirigées contre des juges pour crimes commis hors de leurs fonctions (art. 480), par le premier président de la Cour d'appel instruisant contre un juge coupable de crimes relatifs à ses fonctions (art. 484).

Il peut être commis par le conseiller à la Cour chargé de l'instruction d'une affaire criminelle (art. 237). Mais il convient de remarquer qu'aux termes de cet article la délégation peut être faite à l'un des juges du tribunal et non spécialement au juge d'instruction. Une commission rogatoire peut être donnée à un juge d'instruction par le commissaire rapporteur près un tribunal maritime ou militaire (1).

A cet égard, il faut noter que dans les villes où il existe un Conseil de guerre permanent, le juge n'est pas tenu de déférer à la commission rogatoire que lui adresse le capitaine rapporteur d'un autre Conseil de guerre (2).

Le magistrat instructeur peut être délégué par les commissaires chargés par la Haute-Cour de justice d'une instruction criminelle.

Mais le Procureur de la République ne pourrait pas déléguer un juge d'instruction pour procéder aux opé-

1. Loi, 5 prairial an II, a. 5. — Loi, 13 brumaire an V, a. 13.
— Code de justice militaire, a. 102.

2. Cass., 11 février 1830.

ractions de flagrant délit, puisque en cette matière il n'exerce qu'un pouvoir exceptionnel. Il doit aussitôt que possible requérir, conformément au droit commun, l'ouverture d'une information. Il en est de même à l'égard des préfets, qui ne sont investis que dans certaines limites du droit de faire des actes d'instruction.

Formes des perquisitions. — Une commission rogatoire à fin de perquisition ne peut jamais être verbale, il faut qu'elle soit donnée par écrit. En premier lieu, elle doit être datée, signée par le juge et son greffier(1), elle doit porter le sceau du magistrat, le nom du prévenu et indiquer la nature de l'affaire. En second lieu, le mandat désigne la personne chez laquelle la perquisition doit être opérée, l'objet des recherches. Ces mentions suffisent à rendre régulier le mandat. Mais il faut remarquer que le mandat de perquisition n'étant assujéti à aucune forme particulière, une irrégularité ne pourrait vicier en aucune manière la procédure (2). Généralement le document mentionnera les articles de loi en vertu desquels la commission rogatoire est délivrée. Il désignera spécialement le magistrat auquel il est adressé. Mais si cette désignation n'est pas faite, chacun des juges d'instruction attaché au siège est

1. Code Inst. crim., p. 95-112.

2. Cass., 19 janv. 1866.

légalement et compétemment saisi de l'exécution de la délégation (1).

La commission rogatoire doit fournir, soit par elle-même, soit par une note distincte qui y est annexée, tous les renseignements qui peuvent être utiles au magistrat délégué pour remplir le mandat qui lui est confié. Il importe d'autant plus de rédiger cette note que les procès-verbaux ou autres pièces de l'information ne doivent pas être joints à la commission rogatoire. Mais nous ne saurions trop insister sur l'utilité de cette note par laquelle le délégant indique l'objet des recherches, leur utilité pour l'instruction et en même temps détermine les limites dans lesquelles le magistrat délégué doit agir. Dans l'état actuel de la législation, cette note est la sauvegarde des particuliers contre l'ignorance ou le zèle des délégués, qui, ignorant la marche générale de la procédure, peuvent négliger des recherches utiles ou au contraire en pratiquer d'inutiles ou de vexatoires.

La délégation doit-elle être préalablement communiquée par le magistrat délégué au Procureur de la République afin que celui-ci y joigne un réquisitoire ? La question est controversée : pour l'affirmative, on soutient qu'en principe général l'intervention du ministère public est indispensable pour l'exécution des actes

1. Cass., 25 janvier 1849.

prescrits par le juge d'instruction (1). Mais la thèse contraire est consacrée dans la pratique (2). A Paris, un usage différent serait observé. L'officier du parquet qui instrumente auprès du juge délégué, appose sur les pièces de la commission rogatoire ces simples mots : « sois fait ainsi qu'il en est requis ».

La commission est transmise en minute (3). Elle peut être envoyée directement au magistrat instructeur délégué ; toutefois, dans l'usage elle est transmise par l'intermédiaire du Procureur de la République (art. 28).

Le magistrat délégué est tenu d'accepter la mission qui lui est déferée. Mais s'il refusait, le requérant ne pourrait le contraindre et devrait en informer le Procureur Général. En exécutant la perquisition, le magistrat ou l'officier délégué doit viser en tête de ses actes la commission en vertu de laquelle il procède, il n'est pas nécessaire qu'il constate qu'il agit en vertu de cette commission, il suffit que ses actes soient conformes à sa teneur.

Le juge délégué peut subdéléguer un autre magistrat ou un officier de police judiciaire pour remplir sa mission (4).

1. Massabian, t. II, n° 1857.

2. Circ., 6 janvier 1825. — Bourguignon, t. I, p. 174. — Duvergier, t. II, n° 376.

3. Cir., 9 juin 1814.

4. Cass., 3 sept. 1874.

Le juge commis ne doit évidemment pas outrepasser les pouvoirs qui lui sont délégués, mais on lui reconnaît le droit de donner une certaine extension à la commission qu'il a reçue si les termes n'en sont pas expressément limitatifs. C'est ainsi que chargés de saisir une pièce à conviction, les magistrats délégués peuvent en saisir plusieurs, autant qu'ils veulent. Ils peuvent aussi faire des perquisitions dans les dépendances d'une maison alors que le corps principal de la maison est seul indiqué dans la commission rogatoire, ils peuvent enfin multiplier leurs visites. Cette pratique paraît bien dangereuse, surtout à l'égard des officiers de police auxiliaires pour lesquels la commission rogatoire devrait toujours être expresse et limitative.

Mais alors qu'ils sont commis pour perquisitionner chez une personne désignée, peuvent-ils le faire au domicile d'un tiers, s'ils apprennent que les objets à rechercher y ont été transportés en tout ou en partie ? Certains auteurs (1) soutiennent la négative. L'extension de pouvoir donnée aux agents qui exécutent une commission rogatoire à fin de perquisition présente bien du danger. Le délégué ne possède pas tous les secrets de la poursuite, il est exposé à faire une fausse démarche, à léser des intérêts respectables. Si dans la pratique on se permet quelquefois cet excès de pouvoir,

1. Teulet d'Auvilliers et Sulpiey, a. 90, n° 91.

il n'y a que le résultat ou des circonstances majeures qui le rendent excusable. On a reconnu aux magistrats délégués le droit d'opérer toutes les perquisitions destinées à assurer l'exécution de la perquisition initiale, si des incidents viennent à se produire au cours de l'opération. Ainsi, il est légitime de s'emparer de vive force des objets que le prévenu ou les tiers ont cachés dans leurs vêtements en voyant arriver les agents de l'autorité, quoiqu'il n'existe pas de mandat de perquisition délivré contre ces individus (1). La nécessité de la perquisition fait ici sa légitimité ; mais, à notre avis, de pareils incidents ne doivent se produire que dans le même trait de temps que celui de l'opération.

Il a été enfin décidé que le mandat de perquisition impliquait, en cas de besoin, apposition de scellé (2). L'agent de l'autorité délégué n'a de compte à rendre qu'au magistrat qui l'a commis. C'est ainsi que les officiers de police judiciaire subdélégués ne peuvent transmettre directement les résultats de leurs perquisitions au juge d'instruction déléguant (3), à moins qu'ils y aient été autorisés par le magistrat qui les a subdélégués. Nous avons vu cependant que dans la pratique les commissaires de police commis par un juge d'instruction

1. Cass., 16 janv. 1869.

2. *Revue Pénitentiaire*, 1909, no 6, p. 868.

3. Carnot. *Contra*, a. 85, n° 2.

n'hésitaient pas à informer la préfecture du résultat de leurs perquisitions.

Pour terminer, il convient de noter qu'au cas où le juge a donné commission rogatoire à un officier de son ressort, il a le droit soit de faire refaire la perquisition, soit de la refaire lui-même (1). Mais il ne peut annuler de son chef les actes opérés même défectueux, car cette annulation ne peut être prononcée que par la Chambres des mises en accusation.

Commissions rogatoires internationales. — Les commissions rogatoires envoyées à l'étranger ou adressées de l'étranger peuvent avoir pour objet des perquisitions.

Aucune perquisition ne peut avoir lieu en France sur l'ordre des autorités étrangères qu'en vertu d'un mandat judiciaire régulier, c'est-à-dire, en vertu d'une ordonnance délivrée par l'autorité étrangère compétente, et transmise par la voie diplomatique. Néanmoins, dans les cas urgents, et lorsqu'il s'agit de perquisitionner dans les ressorts des parquets frontières, la correspondance directe entre les autorités étrangères et françaises est admise (2). En vertu de ce principe que nous venons de poser, la lettre d'un ambassadeur demandant une perquisition, sans qu'il soit produit de mandat judiciaire, doit être considérée comme de nul effet.

1. Cass., 27 août 1818.

2. Monier. Thèse de Paris, p. 77.

Toutes les commissions rogatoires en vue de perquisitionner sont examinées par la Chancellerie qui en autorise ou en refuse l'exécution (1). En principe, l'exécution des commissions rogatoires, en matière politique, ne peut être autorisée. Cependant, il appartient au gouvernement d'apprécier s'il y a lieu et dans quelle mesure il est possible de déroger à cette règle.

Les commissions rogatoires à fin de perquisition envoyées à l'étranger ne sont en général admises par les différents gouvernements que pour les délits de droit commun et non pour les délits politiques. Cette règle est indiquée dans certains traités : avec l'Espagne, les Pays-Bas, l'Italie, la Belgique. Certains pays refusent l'exécution de ces délégations tendant à établir la culpabilité de leurs nationaux (Bavière).

La plupart des états la refusent quand les faits ne sont pas susceptibles de donner lieu à extradition (Belgique, Espagne, Danemark) ou lorsqu'ils ne sont pas punissables judiciairement d'après les lois de la nation sollicitée (Allemagne, Italie). Il convient enfin de remarquer que les autorités anglaises se refusent à exécuter officiellement les commissions rogatoires françaises, mais elles exécutent officieusement celles qui leur sont parvenues par la voie diplomatique.

1. Circ., 5 avril 1841.

APPENDICE

MAGISTRATS ASSIMILÉS AUX JUGES D'INSTRUCTION

Nous avons vu précédemment quels étaient les magistrats investis du droit de perquisition, ce sont ceux qui sont chargés par la loi de procéder à une instruction, tels que le premier président de la Cour de cassation (art. 488), le président de Chambre de la Cour de cassation (art. 496 et 497), le président de la Cour d'assises (art. 303), la Chambre des mises en accusation (art. 228), le conseiller chargé par cette Chambre de procéder à un complément d'information ou de faire l'instruction (art. 236 et suiv.), le conseiller chargé par la Chambre des appels correctionnels ou le juge chargé par le tribunal correctionnel de procéder à une information complémentaire.

Il convient d'examiner à ce propos la question qui a été controversée de l'étendue des pouvoirs des magistrats délégués pour procéder à un complément d'information. Il peut arriver, en premier lieu, que la cour ou

le tribunal, en présence des lacunes de l'instruction qui lui est transmise, indique les points sur lesquels elle désire être éclairée et détermine les actes, notamment les perquisitions que le conseiller ou le juge instructeur aura à accomplir (1). Il n'est pas douteux dans ce cas que le magistrat instructeur sera compétent dans les limites de son mandat. Mais dans l'hypothèse d'un mandat indéterminé, on peut se demander si ce magistrat pourra opérer des perquisitions.

D'après un premier système, on raisonne ainsi qu'il suit. L'article 236 qui traite des pouvoirs du conseiller délégué par la Cour, et par analogie de ceux du juge commis par le tribunal, dispose que ces magistrats feront les fonctions de juge d'instruction. N'est-ce pas alors dire qu'ils sont assimilés à celui-ci, qu'ils en exercent les attributions en remplissant sa mission ? S'il en est ainsi, ils peuvent perquisitionner. Mais l'article 237 ne s'exprime pas sur ce point dans l'énumération des différents actes qu'il contient ; il ne parle que de consigner par procès-verbal les preuves qui pourront être recueillies. Or, constater n'implique pas le droit de pénétrer dans le domicile des citoyens et d'exercer tous droits de contrainte en vue de rechercher les preuves d'un délit. Mais d'après cette théorie, on réfute cette objection en disant que l'énumération ne peut être qu'énonciative et non limitative.

1. Cass., 14 déc. 1905.

D'après un second système, on attribue à l'article 237 la prépondérance et on voit dans son texte le développement de la formule de l'article 236, puisqu'il s'agit d'un magistrat qui ne possède pas en propre le droit d'informer, mais qui l'exerce par délégation, et dont il convient de limiter les pouvoirs aux actes indiqués dans son énumération. Quant à l'article 240, il n'a pas la signification qu'on lui prête. Il vise simplement les règles de forme que le magistrat instructeur doit observer dans l'accomplissement de sa tâche, il ne déroge pas à l'article 237, il en affirme le maintien et le respect. La Cour de cassation a écarté l'article 236 qui est étranger à la matière et qui signifie seulement interdiction à la Chambre des mises en accusation de procéder elle-même à un supplément d'information, sans déterminer les pouvoirs d'instruction du conseiller délégué.

D'autre part, en attribuant un caractère limitatif à l'article 237 qui ne parle que de constater par écrit l'existence de preuves ou d'indices, ce qui implique au profit du conseiller un droit de perquisition, on arriverait à un résultat assez étrange qui consisterait à reconnaître à ce magistrat le droit de perquisition sans lui concéder le droit de saisie. Aussi, la Cour de cassation accorde-t-elle aux conseillers les mêmes droits qu'au juge d'instruction (1).

1. Cass., 27 juillet 1907.

Les rapporteurs près les Conseils de guerre, de terre et de mer, sont de véritables juges d'instruction dans leur spécialité et possèdent, par conséquent, le droit de perquisition tel que nous l'avons défini (art. 102 du C. de just. militaire).

Auprès de la Haute Cour de justice, l'instruction et la mise en accusation sont confiées à une commission de neuf membres. Cette commission est nommée chaque année au scrutin de liste sans débats au début de la session ordinaire (1).

Les membres de la commission élisent eux-mêmes leur président.

Cinq membres suppléants sont élus par le Sénat dans les mêmes conditions.

Les pouvoirs de la commission en matière de perquisition sont ceux qui sont attribués au juge d'instruction par le Code d'instruction criminelle.

La commission est d'ailleurs juge des demandes en nullité de perquisitions opérées avant sa réunion et son fonctionnement (2).

1. L. 10 avril 1889, a. 7.

2. Arrêt, 20 octobre 1899. D. 1903. 2. 364.

DEUXIÈME PARTIE

DES PERQUISITIONS OPÉRÉES PAR LES MAGISTRATS AUTRES QUE LES JUGES D'INSTRUCTION

CHAPITRE PREMIER

PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE ET SES AUXILIAIRES

Nous avons vu que les fonctions et les pouvoirs des juges d'instruction et des procureurs de la République étaient différents. Le procureur de la République, qui exerce l'action publique, est incapable, en principe, de procéder à une information et d'ordonner ou de pratiquer par lui-même des perquisitions(1) ; en signant un réquisitoire introductif d'instance, il peut seulement

1. Cass., 22 décembre 1881.— Cass., 6 septembre 1883.—
Cass. 16 juillet 1891.

requérir le magistrat instructeur d'y procéder. Néanmoins, cette division des fonctions et la garantie qui en résulte subissent trois restrictions : 1° en matière de flagrant délit ; 2° dans l'hypothèse de contrebande et 3° dans le cas d'enquête officieuse.

A. — *Flagrant délit.* — Dans le cas de flagrant délit, le procureur de la République a le droit de perquisitionner au domicile de l'inculpé, mais non au domicile des tiers. Néanmoins, il peut se transporter chez les complices du prévenu pour y faire toutes les constatations utiles. La loi a pensé que les pouvoirs du procureur de la République, magistrat amovible et soumis aux ordres de ces chefs, devaient être circonscrits aux recherches dans la maison des prévenus et de leurs complices, même dans le cas où il est évident qu'un crime a été commis et où il importe de réunir sur-le-champ des preuves, susceptibles de dé périr promptement. Le législateur moderne n'a ainsi admis que comme une exception nécessitée par des circonstances extraordinaires une attribution de pouvoirs qui formait le droit commun des législations antérieures. On s'est demandé si les droits extraordinaires conférés par la loi au procureur de la République appartenaient également au procureur général près la Cour d'appel. La négative a été soutenue par certains auteurs qui déclarent que ce haut magistrat, qui a la direction de l'action publique, peut tracer à la police judiciaire la voie qu'elle doit suivre, provoquer

ses actes, mais en lui conférant les pouvoirs supérieurs, la loi n'a pas pensé qu'il fut nécessaire de lui permettre de faire lui-même les opérations telles que les perquisitions qu'il peut provoquer. Il a le droit de poursuivre, mais non celui de constater (1). La jurisprudence a jadis suivi cette opinion (2) ; mais elle s'est ralliée depuis à la théorie d'après laquelle le procureur général peut exercer dans tous les cas la plénitude de l'action publique, ce droit implique nécessairement celui de faire des actes préliminaires et des perquisitions en matière de flagrant délit (3). En présence des textes de loi, cette interprétation nous paraît assez difficile à adopter.

Conditions d'exercice du droit de perquisition. — Il convient de définir brièvement les conditions qui permettent au ministère public d'exercer son pouvoir de perquisition. Il faut en premier lieu qu'il y ait flagrant délit ; ce cas peut se rencontrer dans plusieurs hypothèses. En premier lieu, lorsque le crime n'est pas encore consommé ou vient de se commettre. La loi n'a pas fixé de délai après lequel le fait cesse d'être flagrant, mais le délai se trouve implicitement défini par cette condition que le fait vient de se commettre ; il faut entendre par temps de flagrant délit les instants qui suivent la consommation du crime, auxquels il faut

1. Hélie, t. III, n° 1198.

2. Cass., 27 août 1840

3. Mangin, t. I, n° 87.

ajouter le moment strictement nécessaire pour le transport du procureur de la République sur les lieux. Il y a encore flagrant délit lorsque le prévenu est poursuivi par la clameur publique, expression qu'il ne faut pas prendre trop à la lettre et qui vise le cas où un individu est hautement accusé par le cri public d'être l'auteur d'un crime qui vient d'être commis. Est encore réputée flagrant délit l'hypothèse où un individu est trouvé porteur de pièces à conviction dans un temps voisin du délit. « D'après une première opinion, on estime qu'on ne peut pas étendre le délai de flagrant délit au delà de celui de vingt-quatre heures (1). Néanmoins, en vertu de cette théorie, on considère que le parquet peut perquisitionner même si plusieurs jours se sont écoulés depuis la perpétration du délit lorsqu'un fait nouveau, se rattachant étroitement au fait principal délictueux, vient à se produire ; il y a pour ainsi dire un renouvellement du caractère de flagrant délit. C'est l'hypothèse par exemple, où un individu suspect vient offrir en vente des objets volés à vil prix. D'après un second système, qui nous paraît plus conforme à l'esprit général de la loi, le délit serait flagrant, lorsqu'il a été commis dans un temps assez rapproché pour que les choses dérobées n'aient pas pu passer des mains du voleur dans celles

1. Massabian, t. II, n° 2330.

d'un tiers de bonne foi ou, si cette transmission s'est opérée lorsqu'elle a eu lieu dans un intervalle trop court pour faire présumer l'innocence de celui qui détient les pièces à conviction. Dès qu'il pourrait exister un doute sur la culpabilité des détenteurs d'objets volés, le parquet devrait s'abstenir de pratiquer des perquisitions et devrait requérir l'ouverture d'une information régulière ; dans la pratique, c'est cette théorie qui est adoptée (1).

Une dernière hypothèse est assimilée au cas de flagrant délit, c'est lorsqu'un crime ou délit a été commis dans l'intérieur d'une maison et que le chef de la maison requiert le parquet d'y pénétrer.

L'application de l'article 32 I. exige comme seconde condition que le fait délictueux soit de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante. En conséquence, le procureur de la République n'aurait aucune qualité pour opérer un transport, lorsqu'il s'agirait seulement d'un délit (2). On a cependant contesté cette solution et soutenu que l'article 32 ne défend pas au procureur de la République de perquisitionner en cas de délit flagrant et lui ordonne seulement de le faire en cas de crime flagrant. Le droit de se transporter au domicile des coupables en cas de délit résulterait des

1. Carnot, t. I, p. 251, n° 2.

2. Cass., 30 sept. 1826. — Ordonnance, 29 octobre 1820, a. 127. — Décret, 30 mai 1903. — Hélie, t. III, n° 1499. — Le Poittevin, V° Flagrant délit.

articles 35, 36, 41, 42 I. qui emploient l'expression « crime ou délit » (1). Cette interprétation est inadmissible à notre avis ; l'argument tiré des articles 35 et autres est sans valeur, car ces articles se réfèrent tous à la fois aux cas prévus par les articles 32 et 41 combinés et à l'hypothèse de l'article qui vise le cas où un simple délit a été commis, mais où le chef de maison requiert le procureur de la République de pénétrer chez lui. Mais on peut se demander si la loi du 20 mai 1863 qui a établi certaines formes rapides pour parvenir au jugement immédiat des flagrants délits correctionnels n'a pas eu pour effet d'étendre aux délits l'application des articles 32 et suivants. Certains auteurs (2) ont soutenu cette opinion, mais nous ne saurions l'admettre, car la loi de 1863 ne s'occupe en rien des actes d'instruction accomplis à raison des flagrants délits correctionnels ; elle n'a innové que sur un point, c'est sur l'arrestation des délinquants. Il convient de remarquer néanmoins qu'une perquisition pourrait être et même devrait être opérée sur la personne de l'individu arrêté, mais le titre de cette mesure de contrainte et l'arrestation même de l'inculpé et l'étendre à son domicile constituerait un abus de pouvoir.

Nous concluons donc à la nullité des perquisitions

1. De Molènes, p. 70 et suivantes.

2. Trébutien, t. II, n° 430. — Villey, n° 280. — Garraud. *Précis de droit criminel*, n° 524.

opérées par le procureur de la République en cas de délit flagrant. Mais il suffit pour régulariser et valider de pareils actes de contrainte que le fait délictueux présentât au moment où les constatations ont été commencées les apparences d'un crime, peu importe qu'après l'information et quand les éléments du délit ont été nettement déterminés que ce fait ne paraisse plus passible que de peines correctionnelles (1). Ainsi est régulier et peut servir de base à une poursuite pour détention illicite de poudre de guerre et de munitions, le procès-verbal constatant qu'au cours d'une perquisition il a été découvert par le parquet une certaine quantité de cartouches et de poudre de guerre cachée par le prévenu dans sa grange. Le procureur de la République pouvait en effet considérer dans ce cas l'amas de poudre, qui lui avait été dénoncé, comme une préparation à la guerre civile, il pouvait donc se croire dans le cas prévu par les articles 32 et 41. Néanmoins, dans la pratique, l'usage de perquisitionner en cas de simple délit flagrant est consacré. « Quoique la loi, écrit un procureur du roi sous la Restauration à ses auxiliaires, ne semble vous charger de dresser des procès-verbaux qu'en cas de crime et de flagrant délit, cependant l'usage veut que vous en dressiez hors le cas de flagrant délit et même quand il s'agit seulement d'un

1. Cass., 1^{er} sept. 1831. — Riom, 11 mai 1843. D. 55. 2. 348.
— Limoges, 10 février 1888. D. 89. 2. 244.

fait correctionnel (1). D'autre part, une circulaire du ministre de l'Intérieur, en date du 21 juillet 1858 a également prescrit aux commissaires de police de dresser des procès-verbaux en cas de crime ou de délit flagrant. Quotidiennement les commissaires de police perquisitionnent en cas de simple délit flagrant avec l'approbation tacite ou sur les ordres même du parquet. Les projets de réforme de 1882 reconnaissent au procureur de la République le droit de perquisitionner en cas de simple délit flagrant.

Aux deux conditions imposées par l'article 32, il convient d'en ajouter une troisième qui résulte de la combinaison des articles 32 et 47 I. du caractère extraordinaire du pouvoir au procureur de la République en ces matières. Il faut pour que le parquet puisse ainsi perquisitionner seul et spontanément, que le juge d'instruction ne soit pas saisi de l'affaire. Si une instruction est ouverte, le procureur ne peut se rendre sur les lieux qu'accompagné du magistrat instructeur (2).

Obligation pour le procureur de perquisitionner. — D'après l'article 32, le procureur n'aurait pas une simple faculté de se transporter, mais une obligation (3). Il est vrai que cette obligation est dépourvue de toute sanction ; de plus, aux termes de l'article 51, si le procureur de la République a été prévenu par un officier de

1. Circ. Jacquinet-Pampelune, 1817.

2. Cass., 30 sept. 1826.

3. Loqué, t. XXV, p. 219.

police auxiliaire, il peut l'autoriser à continuer la procédure, par conséquent, en ce cas, il est implicitement dispensé de perquisitionner lui-même. Enfin, malgré les termes impératifs de la loi, la Chancellerie recommande aux chefs de parquet de ne recourir aux transports et aux perquisitions qu'en cas de nécessité, afin d'éviter des déplacements sans objet et des dépenses inutiles (1).

Dans le cas où le procureur de la République estime qu'il doit agir, il doit se transporter sans retard. Il est tenu de donner avis au juge d'instruction de son transport, mais il n'est pas obligé de l'attendre, et il peut procéder, sans lui, alors même que ce magistrat lui aurait fait savoir qu'il compte lui aussi se rendre sur les lieux. Mais, si le juges se transporte, à partir du moment où il arrive, les attributions exceptionnelles du procureur prennent fin, ce magistrat doit se renfermer dans son droit de réquisition.

Le procureur de la République a le droit de se faire accompagner par le greffier ou un commis-greffier du tribunal (2). Le procureur et le greffier ont droit aux indemnités fixées par les articles 88 et 89 du décret du 18 juin 1811 (3).

1. Circ., 16 août 1843, 23 février 1887.

2. Le Poittevin. V^o Flagrant délit.

3. Circ., 11 fév. 1824.

Dans ses perquisitions, le procureur de la République doit être accompagné de plusieurs témoins, du commissaire de police de la commune dans laquelle le crime aura été commis, ou du maire, ou de l'adjoint au maire, ou de deux citoyens domiciliés dans la commune. En cas d'impossibilité de se procurer lesdits témoins, les perquisitions du procureur seront néanmoins valables et régulières (1). Aucune autre formalité n'est exigée, et le Code d'instruction criminelle ne réclame pas la nécessité d'une ordonnance préalable rendue par le procureur pour justifier son transport. En effet, l'ordonnance présente le caractère juridictionnel, et les magistrats du parquet ne sont nullement investis d'un pouvoir de juridiction.

Toutes les règles qui régissent la matière des perquisitions et que nous avons exposées ultérieurement s'appliquent aux opérations du procureur de la République, agissant en cas de flagrant délit.

Caractère du droit de perquisition. — Néanmoins le droit de perquisition restreint qui lui est conféré appelle quelques brèves explications. Nous avons vu que le parquet ne peut pas perquisitionner chez les tiers sur lesquels ne pèse pas une présomption de complicité ; on fait remarquer combien il est étrange, à ce propos qu'une disposition légale donne au procureur de la

1. Code Inst. crim., art. 42.

République un pouvoir si peu étendu dans les cas de flagrant délit où l'éclat des poursuites invite les coupables à faire disparaître les traces du crime plus promptement encore que dans les cas ordinaires. Le procureur ne peut pas toujours en pareil cas acquérir le juge, car le magistrat instructeur n'est pas toujours sous sa main, une recherche peut être tellement urgente qu'elle n'admette pas le moindre délai et l'étendue de l'arrondissement fait qu'il pourra s'écouler un ou plusieurs jours avant que le procureur et le juge puissent intervenir. D'autre part, il est quelquefois particulièrement urgent de s'emparer de pièces à conviction qui se trouvent déposées en d'autres lieux qu'au domicile de l'inculpé et de ses complices, et conformément aux principes que nous avons exposés, le procureur agissant seul ne possède pas le pouvoir de perquisitionner partout où il peut être utile.

Aussi certains auteurs (1) décident que si le parquet est informé dans l'instant où il procède que les instruments ou les produits du crime viennent d'être transportés dans un domicile autre que celui du prévenu, il peut s'y rendre, car le droit accordé par l'article 14 aux gardes champêtres et forestiers pour la répression des délits qu'ils sont chargés de constater appartient *a fortiori* au procureur de la République, lorsqu'il

1. Bourguignon, t. I, p. 143, n° 3.

s'agit d'objets enlevés à la suite d'un crime encore flagrant. Cette opinion est combattue par d'autres auteurs (1) qui estiment que la circonstance du transport des pièces à conviction bien que caractéristique du flagrant délit ne présente pas une raison suffisante pour autoriser une perquisition chez des tiers présumés de bonne foi, puisqu'en vertu du texte de la loi, le procureur ne peut perquisitionner chez les détenteurs d'objets se rattachant à un délit qu'en les considérant comme les coupables ou les complices. Or, cette présomption ne peut résulter que d'indices sérieux, et le court espace de temps qui s'est écoulé entre la perpétration du délit et le transport des objets ne peut servir à lui seul de preuves suffisantes de culpabilité. Conformément à cette théorie restrictive, on refuse au procureur de la République le droit de perquisitionner au domicile d'un tiers chez lequel l'inculpé vient d'être arrêté (2).

On ne conteste pas le droit pour le procureur de la République de déléguer pour une perquisition un magistrat : procureur de la République, juge d'instruction ou juge de paix d'un arrondissement voisin au cas où l'inculpé et ses complices occupent divers logements en dehors de son ressort (3). Ce droit de commettre direc-

1. Teulet d'Auvilliers et Sulpicy, art. 36, n° 5.

2. Laborde, n° 906. — Boitard, n° 560.

3. Code d'instr. crim., art. 283.

tement tout juge de paix est une exception remarquée aux principes exposés plus haut. Mais il faut reconnaître également, à notre avis, le droit pour le parquet de déléguer ses auxiliaires pour opérer des visites domiciliaires en cas de flagrant délit. Tous les officiers de police judiciaire sont en effet compétents pour pratiquer ces opérations qui ne sont que de simples actes de constatation à l'égard de faits flagrants. Cette solution n'est pas en contradiction avec les principes qui régissent la matière des commissions rogatoires.

Le projet de réforme du Code d'instruction criminel présenté par M. Clemenceau en 1907 maintient sans le modifier le droit de perquisition du procureur de la République en cas de crime flagrant.

B. — *Contrebande*. — Cette seconde exception à la règle générale de compétence des procureurs de la République doit être rigoureusement restreinte aux faits de contrebande limitativement spécifiés dans l'article 37 de la loi du 21 avril 1818. En même temps que cette loi a donné juridiction aux tribunaux correctionnels pour connaître des faits de contrebande dont la connaissance était attribuée aux Cours prévôtales par l'article 48 du titre V de la loi du 28 avril 1816, elle a substitué les procureurs du roi aux prévôts pour exercer d'office les poursuites et leur a expressément conféré toutes les attributions des prévôts. Or, aux termes de l'article 43 de la loi de 1816, le prévôt pouvait, à la suite de plaintes ou de dénonciation, c'est-à-dire, même hors le cas de

flagrant délit, informer contre les prévenus, se transporter sur les lieux à l'effet d'y dresser tous procès-verbaux nécessaires. Ainsi donc, en substituant le procureur au prévôt le législateur a établi et maintenu un mode spécial de procéder aux recherches et poursuites en matière de contrebande. Il a investi le procureur de la République de l'extension d'attributions conférées au prévôt et l'a placé dans des conditions identiques pour les exercer. Par suite le procureur a le droit, même hors le cas de flagrant délit, de se transporter sur les lieux, de procéder à des perquisitions qu'il estime utiles dans l'intérêt de la répression de ces délits (1). Il est vrai qu'aux termes de l'article 23 de la loi du 20 décembre 1815, le prévôt devait pour procéder à ces perquisitions être assisté de son assesseur. Or, cette assistance ne peut se concilier avec les lois d'organisation du ministère public, mais il en résulte seulement que la disposition de l'article 23 n'est pas et n'a jamais été applicable aux magistrats du parquet. En effet les lois du 28 avril 1816 et 21 avril 1818 sont relativement au ministère public des lois d'attribution et non d'organisation (Cass., 1854, arrêt précité). Ces attributions spéciales sont absolument distinctes des pouvoirs qu'attribuent en droit commun aux procureurs de la République les articles 32 et 37-I. C'est ainsi qu'est régulière et peut servir de base à une poursuite, la saisie

1. Cass., 6 mars 1841. — 9 mars 1843. — 28 janv. 1854.

d'objets faite, hors le cas de flagrant délit, au domicile d'un individu prévenu de participation à un délit de contrebande par le procureur de la République ou par un commissaire de police spécialement délégué par lui.

C. — *Enquêtes officieuses.* — La Cour de cassation admet qu'en matière de simple délit correctionnel, même en dehors du cas de flagrant délit, le procureur de la République peut procéder ou faire procéder à une enquête par la police ou la gendarmerie, notamment pour recueillir des preuves qui disparaîtraient faute d'une constatation immédiate. Conformément aux principes exposés précédemment les actes ainsi accomplis ne peuvent pas avoir le caractère d'actes d'instruction, ils ne peuvent pas comporter l'emploi d'une contrainte quelconque ; aussi les perquisitions telles que nous les avons définies ne peuvent être pratiquées au cours des enquêtes officieuses, les agents de l'autorité doivent se borner à recueillir des renseignements et à mettre à la disposition de la justice les pièces à conviction qu'ils trouvent abandonnées ou qui leurs sont remises volontairement par les détenteurs.

Néanmoins, dans la pratique (1), on perquisitionne au cours des enquêtes officieuses et cette troisième hypothèse nous paraît constituer une autre exception remarquable au principe en vertu duquel le procureur de la république ne saurait accomplir des actes d'ins-

1. Circ., 1^{er} juin 1855. — 14 août 1876.

truction notamment des perquisitions. La Cour de cassation (1) a déterminé les pouvoirs des agents de l'autorité en ce qui concerne leur introduction dans le domicile des particuliers. Elle a déclaré que les commissaires de police, les gendarmes avaient le droit de pénétrer dans le domicile d'un individu qui leur est dénoncé comme étant l'auteur d'un délit à l'effet d'y procéder à une information sommaire, mais à la condition qu'il n'y ait pas d'opposition de la part du prévenu. Il résulte de cet arrêt que la perquisition ne peut être opérée que si deux conditions se trouvent réunies ; en premier lieu, s'il existe une plainte régulière pour un délit déterminé, ce qui peut présenter une certaine garantie contre les abus de l'autorité en cette matière, en second lieu, si le prévenu ne fait pas d'opposition. Mais le consentement de ce dernier est toujours présumé, sous réserve de la preuve contraire (2). Dans la pratique, ces perquisitions sont pratiquées sur une vaste échelle, c'est maintenant l'accusation qui dans les affaires simples rassemble les preuves, forme son dossier, le produit devant le tribunal sans qu'il y ait eu d'autre instruction que celle de la police judiciaire. Les particuliers d'ailleurs ne disposent pas de moyens sérieux de s'opposer à la visite des agents de l'autorité ; ils peuvent à la vérité, s'ils sont instruits de leurs

1. Cass., 13 déc. 1894.

2. Cass., 1^{er} fév. 1822. — 12 juin 1829.

droits, protester, mais qui constatera cette protestation si les fonctionnaires refusent d'y céder ? Oseront-ils toujours faire entendre leurs réclamations à des agents dont les fonctions réclament l'obéissance et le respect ? Aussi peut-on dire que le citoyen dont le domicile est envahi ne jouit pas d'une liberté assez entière pour que l'on puisse induire de son silence qu'il a consenti à se priver de la protection que lui assurait l'ordonnance de perquisition délivrée par un magistrat supérieur et indépendant. On a discuté sur la légalité de ce procédé d'information, on a prétendu qu'il ne pouvait avoir aucune place dans la procédure préalable, puisque l'information est l'œuvre exclusive du juge dans les cas ordinaires et que, d'autre part, c'est seulement dans l'hypothèse du flagrant délit que le procureur a le droit de perquisitionner (1). D'autre part, a-t-on dit, les dispositions légales qui assurent l'inviolabilité du domicile sont d'ordre public, et personne ne peut valablement renoncer à cette garantie.

Certains auteurs reconnaissent que la pratique des perquisitions officieuses n'a par elle-même rien d'illégal, mais à la condition d'être renfermée dans certaines limites ; le procureur de la République peut, à l'effet de s'entourer de tous renseignements utiles, recourir à

1. Bourguignon, t. I, p. 140. — Hélie, t. III, nos 1615-1166. — Cass., 9 sept. 1853. — Limoges, 10 février 1888. — D. 89. 2. 244. — Seine, 14 juin 1907. D. 07. 5. 44.

des enquêtes officieuses, mais en aucune manière les renseignements recueillis ne devraient servir à éclairer les juges saisis (1).

D'après un troisième système on estime qu'à raison des nécessités de la répression des délits, il est actuellement sinon impossible, du moins difficile, de ne pas recourir aux perquisitions officieuses (2). Cette pratique, estime-t-on, n'est pas illégale, elle n'est pas contraire aux prescriptions du Code, qui ne la réglemente pas, parce qu'il ne la connaît pas. Tout ce que la loi peut interdire par son silence c'est l'attribution au parquet et à ses auxiliaires des pouvoirs de contrainte attribués au juge d'instruction. En conséquence, des perquisitions peuvent avoir lieu avec l'autorisation de la personne chez laquelle on s'introduit. D'après cette opinion, la garantie de l'inviolabilité du domicile serait bien d'ordre public, mais elle aurait un caractère facultatif entre les mains de chaque citoyen, en ce sens qu'il pourrait l'invoquer ou la répudier à son gré. Comment l'empêcher d'ouvrir ses portes aux agents chargés de faire une perquisition dans sa maison, lors même que ces agents ne seraient pas compétents? D'ailleurs, la loi n'a créé le délit de violation de domicile pour un fonc-

1. Garraud. *Traité théorique et pratique. Proc. crim.*, 493. — Morizot-Thibault, p. 529.

2. Mangin, t. I, n° 327. — De Molènes, p. 28-37. — Vidal, n° 812. — Massabian, t. II, n°s 2301, 2357. — Le Poittevin. V° Enquête officieuse.

tionnaire que dans l'hypothèse où il s'introduit dans une habitation contre le gré du citoyen.

Cette dernière opinion nous paraît admissible, mais en présence de l'arbitraire qui préside aux opérations des enquêtes officieuses, il serait urgent que des dispositions légales viennent réglementer ces perquisitions. Voici quelques cas où sont exercées les enquêtes officieuses du parquet. Le procureur de la République saisi d'une plainte a très souvent recours à une enquête officieuse pour s'éclairer lui-même sur le parti qu'il devra prendre. Il peut encore y faire procéder dans l'espace de temps qui s'écoule entre le moment où le juge d'instruction est dessaisi et celui où la Chambre des mises en accusation n'est pas encore saisie par le rapport du procureur général. Dans cette hypothèse, il est particulièrement important de faire saisir des preuves qui peuvent disparaître faute d'un constat immédiat (Cass., 19 avril 1855. — Cass., 13 janvier 1870). De même, le parquet averti de l'existence d'une pièce à conviction pouvant être utile dans une affaire criminelle a le droit et le devoir de faire rechercher cette pièce (Cass., 5 mars 1857). De même le procureur général peut faire procéder à des perquisitions officieuses après le jugement du tribunal correctionnel et avant que l'appel ne soit vidé (Cass., 18 août 1877).

Il convient de nous demander ce que deviendront dans la pratique les résultats de ces perquisitions offi-

cieuses, s'ils peuvent servir de base au jugement ou à l'arrêt qui statuera sur la poursuite. En premier lieu, on a soutenu que les éléments de preuve ainsi recueillis étaient d'une nature spéciale, qu'ils ne devaient jamais être communiqués à la juridiction de jugement. Ce ne sont que des renseignements destinés à éclairer les magistrats du parquet sur leur mission, et c'est une illusion de croire que le caractère officiel des agents se communique à des actes qu'aucun texte ne leur donne le droit de pratiquer. Mais, en fait, les résultats de perquisitions officieuses sont soumis aux juges, qui estiment qu'ils sont régulièrement acquis, si les droits de la défense ont été sauvegardés par la mise à la disposition de ces documents en temps utile et par la possibilité donnée au prévenu de les discuter. Il en résulte que les perquisitions officieuses du procureur de la République peuvent être comparées non seulement au point de vue des conditions dans lesquelles elles s'opèrent, mais encore au point de vue des résultats auxquels elles aboutissent aux actes d'instruction ordonnés par le juge régulièrement saisi.

Auxiliaires du procureur de la République. — Les auxiliaires du procureur de la République, c'est-à-dire les commissaires de police, les juges de paix, les maires et adjoints, les officiers de gendarmerie ne possèdent naturellement pas plus de droits que leur chef, le procureur. Ils peuvent perquisitionner au cas de flagrant délit, mais, aussitôt que le procureur de la

République se saisit de l'affaire, ils perdent leur compétence et ils ne peuvent plus exercer d'actes d'instruction qu'en vertu d'une délégation expresse. Ces délégations peuvent, ainsi que nous l'avons vu, émaner soit du procureur de la République de leur arrondissement, soit d'un procureur d'un autre ressort, soit enfin d'un juge d'instruction de leur ressort. Ils peuvent aussi perquisitionner au cours d'enquête officieuse. Il convient de remarquer que ces agents de l'autorité ne peuvent en aucun cas donner commission rogatoire à d'autres agents pour exercer les attributions qu'ils tiennent de la loi en cas de flagrant délit. C'est ainsi qu'a été déclarée nulle la perquisition opérée par des agents de la sûreté délégués par un commissaire de police (1).

Les commissaires de police, maires et adjoints, sont chargés, en plus de leurs fonctions en matière criminelle et correctionnelle, de rechercher les contraventions de simple police (2). On peut se demander s'ils ne sont pas amenés à ce dernier point de vue à pratiquer des perquisitions. Dans l'hypothèse d'une contravention de simple police, les fonctionnaires ne peuvent pas perquisitionner, en principe, la loi n'ayant pas estimé que le cas fût assez grave pour autoriser l'introduction dans le domicile des particuliers à l'effet d'y rechercher des preuves ou d'y faire des constatations. Néanmoins, les

1. Paris, 10 août 1909.

2. Code Instr. crim., a. 11.

commissaires de police et les maires peuvent pratiquer des visites domiciliaires dans ce but dans les lieux où le public est admis indistinctement : cabarets et maisons de jeu (art. 9-10, l. 19-22 juillet 1791). D'autre part, les commissaires de police qui sont investis du droit de constater les contraventions de police rurale et forestière, en concurrence avec les gardes champêtres et forestiers, possèdent le droit de perquisition dont sont investis ces derniers. En effet, dans les limites de leur compétence territoriale, les gardes champêtres et forestiers peuvent s'introduire dans les maisons, ateliers, bâtiments, cours adjacentes et enclos pour suivre les choses enlevées se rattachant à la perpétration d'un délit ou d'une contravention portant atteinte aux propriétés rurales et forestières (1).

Les gardes champêtres et forestiers ne sont pas auxiliaires du procureur de la République et ne peuvent pas perquisitionner en cas de flagrant délit, ils ne peuvent pas être commis par le parquet ou le juge d'instruction. Mais ils sont chargés spécialement dans leur arrondissement de constater les délits et contraventions rurales et forestières. Dans cette hypothèse ils doivent être assistés d'un des officiers désignés par l'article 16.

1. Code Inst. crim., a. 16.

CHAPITRE II

DES PERQUISITIONS OPÉRÉES PAR LES PRÉFETS

Le plus souvent, en matière politique et pour les crimes intéressant la sûreté générale, des perquisitions sont pratiquées en dehors de l'autorité judiciaire, par le préfet de police à Paris ou par les préfets des départements, ou plutôt exécutées sur les ordres de ces fonctionnaires par des commissaires de police. On invoque d'ordinaire pour justifier ces actes l'article 10 du Code d'instruction criminelle et le sens qui lui a été donné par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Nature des droits des préfets. — Mais il convient de distinguer deux hypothèses différentes : en premier lieu, les préfets peuvent spontanément faire opérer des perquisitions au domicile des citoyens à l'effet de rechercher les preuves d'un crime ou d'un délit quelconque.

Mais, d'autre part, des visites domiciliaires interviennent fréquemment, alors qu'aucun délit n'a été commis, et la préfecture, qui le sait pertinemment, n'a nullement

l'intention de rechercher des preuves ou de communiquer les pièces saisies aux tribunaux. C'est ainsi que le 7 juillet 1888, des perquisitions furent opérées à Paris chez un sieur Dufeuille et dans les ateliers de l'éditeur Paul Dupont, à l'effet de saisir les exemplaires d'une lettre adressée par le comte de Paris aux maires de France. Cet écrit ne contenait aucun délit, et le préfet de police, après en avoir fait saisir un certain nombre d'exemplaires, les conserva sans les transmettre à l'autorité judiciaire, ne songeant en aucune façon à exercer une poursuite à l'occasion de la publication de cette lettre. Ces deux sortes de perquisitions opérées par les préfets sont-elles également légales ?

Avant la promulgation du Code d'instruction criminelle le pouvoir de police des préfets s'exerçait d'une manière habituelle par des perquisitions administratives, c'est-à-dire par des actes de contrainte pratiqués en dehors de tout délit. L'article 10 du Code de 1808 fut un moyen de faire participer les préfets aux fonctions de police judiciaire à l'effet de leur permettre de rechercher légalement les preuves des infractions commises.

Sous l'empire, les préfets cumulèrent les deux espèces de perquisitions, résultant les unes du droit qu'ils tenaient de la loi, les autres de la tradition de l'ancien régime. Mais à partir de 1830, les pratiques de la police administrative qui ne reposaient et ne pouvaient reposer

sur aucun texte de loi, furent vivement critiquées, et les préfets songèrent alors pour conserver leur antique prérogative et en même temps pour la justifier, à invoquer les dispositions de l'article 10.

Mais ce texte est complètement étranger aux actes des préfets pratiqués en dehors de tout délit (1). D'autre part, l'évolution des idées libérales a condamné l'existence de la haute police administrative. Il faut donc en conclure qu'actuellement les préfets ne peuvent plus perquisitionner qu'en matières purement judiciaires, à l'occasion d'un crime ou d'un délit et dans les conditions communes à tous les officiers de police judiciaire, et les perquisitions administratives ne sont que des abus d'autorité par lesquels les divers partis au pouvoir croient affirmer leur domination, intimider leurs adversaires, assurés d'avance de les faire absoudre par la complaisance des majorités parlementaires (2).

Dans la limite ainsi définie de l'article 10, les préfets peuvent agir personnellement, ou requérir les officiers de justice de procéder à des constatations; mais il convient de se demander si les préfets sont à la fois procureurs et juges d'instruction, si, en d'autres termes, ils peuvent perquisitionner, qu'il s'agisse d'un délit flagrant ou non. L'article 10 n'établit en effet à cet égard aucune distinction.

1. Locré, t. XXV, p. 238.

2. Boullaire, p. 33.

Il convient tout d'abord de remarquer que ces hauts fonctionnaires n'ont pas, en vertu de la loi, le titre d'officier de police judiciaire, mais qu'ils en ont tous les pouvoirs. Or, ces pouvoirs permettent aux procureurs de la République et à ses auxiliaires de pénétrer dans le domicile des inculpés et de leurs complices en cas de flagrant délit, mais non pas d'agir de même dans les cas ordinaires.

Si les préfets possèdent tous les pouvoirs des magistrats instructeurs, ils peuvent pénétrer partout pour perquisitionner, même en dehors du flagrant délit. D'après une première opinion (1), on estime que c'est la nécessité, la crainte de laisser échapper des coupables qui motivent l'intervention des préfets, si le délit n'est pas flagrant, il y a moins d'urgence, le fonctionnaire doit se borner à dresser des procès-verbaux qu'il transmettra au ministère public.

D'autre part, nous avons vu que le juge d'instruction ne pouvait perquisitionner dans les cas ordinaires qu'après avoir été mis en mouvement par le parquet, qu'il fallait pour qu'une perquisition puisse être pratiquée l'accord du procureur de la République et du magistrat instructeur. Donner au préfet le droit d'instruire en dehors du cas de flagrant délit, ce serait lui reconnaître non seulement plus de droit qu'au procu-

1. Hélie, t. III, n° 1202 et suiv.

reur, mais encore plus de pouvoir qu'à un magistrat inamovible et indépendant.

Néanmoins, d'après un second système (1), on se reporte aux termes de l'article 10 qui ne fait aucune distinction et on accorde aux préfets le droit de perquisitionner dans les cas ordinaires, de sorte que l'administration peut s'introduire non seulement au domicile de l'inculpé, mais encore dans celui d'un tiers, dans les bureaux de poste, à l'effet de saisir des pièces à conviction.

C'est à ce dernier système que s'est ralliée la jurisprudence.

On a dit que jusqu'en 1853 la question des pouvoirs des préfets en matière de police judiciaire n'avait pas été éclaircie. Dans la pratique, l'administration s'était toujours attribué les droits les plus larges : quand elle procédait à des perquisitions, elle se considérait toujours comme placée en face d'un flagrant délit, elle ne réclamait pas au point de vue théorique le pouvoir de perquisition, elle falsifiait les faits en leur donnant le caractère de faits flagrants.

En 1853, à l'occasion d'un procès politique, le ministère public produisit comme preuves du corps du délit des lettres saisies à la poste par ordre du préfet de police agissant en vertu de l'article 10. Les inculpés

1. Mangin, t. I, n° 63, p. 151.

demandèrent qu'on rejetât du débat ces documents obtenus à l'aide d'une perquisition illicite. Le tribunal correctionnel de la Seine admit la légitimité de l'action préfectorale (1). Ce jugement fut confirmé par la Cour de Paris, qui, sans trancher la question de principe estima qu'il s'agissait d'un flagrant délit (2). On se trouvait en présence d'une prévention fondée sur l'article 2 du décret organique du 17 février 1852, qui vise l'introduction en France de journaux politiques publiés à l'étranger. Saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la Cour de cassation décida que le préfet ne saurait posséder les prérogatives du juge d'instruction et qu'il n'a pas le droit de saisir chez des tiers ou dans des bureaux de poste des papiers, correspondances ou objets utiles à la manifestation de la vérité (3). La Cour de Rouen maintint comme juridiction de renvoi le système du tribunal de la Seine et de la Cour de Paris (4). Sur second pourvoi les Chambres réunies de la Cour de cassation, sous la présidence de M. Troplong, tranchèrent la question de principe, en sacrifiant la doctrine de la Chambre criminelle et en admettant en dehors des cas de flagrant délit la légalité des perquisitions opérées par le préfet de police.

Le procureur général de Royer avait invoqué la pra-

1. Seine, 15 mars 1853. S. 53. 1. 774.

2. Paris, 28 mai 1853. S. 53. 1. 774.

3. Cass., 23 juillet 1853.

4. Rouen, 18 août 1853. S. 53. 1. 774.

tique de plus d'un quart de siècle qui avait autorisé l'action préfectorale à l'aide d'une interprétation extensive de l'article 10. La Cour de cassation déclara que le législateur de 1808 avait entendu faire du préfet un officier de police judiciaire sans lui en donner le titre pour ne pas le soumettre à l'autorité des Cours et des procureurs généraux, et elle estima que les pouvoirs de la police judiciaire comprenaient nécessairement les pouvoirs de l'instruction, à raison des termes de l'article 8 qui définit les pouvoirs de la police judiciaire, et à raison de ceux de l'article 9 qui placent les juges d'instruction parmi les officiers de police judiciaire (1).

Cette opinion est manifestement contraire à la distinction fondamentale réalisée par le Code d'instruction criminelle, entre les actes d'instruction qui nécessitent l'emploi d'une contrainte, et dont la perquisition est le type, et les simples actes de police judiciaire, dont le seul objet est la constatation par procès-verbaux des faits qui parviennent à la connaissance des agents de l'autorité, sans que ces derniers puissent porter atteinte à l'inviolabilité de la personne ou du domicile.

La loi, en attribuant au juge d'instruction le titre d'officier de police judiciaire, qui lui permet d'agir en cas de flagrant délit sans recourir à l'intermédiaire du parquet, et qui, dans les cas ordinaires, l'autorise à

1. Cass., 21 novembre 1853.

recevoir des plaintes et à dresser des procès-verbaux, n'a pas entendu en principe lui permettre de perquisitionner dès qu'un fait délictueux est parvenu à sa connaissance. D'autre part, il ne s'ensuit pas que tous les officiers de police judiciaire possèdent les pouvoirs d'instruction que la loi a confiés au juge seul.

Reconnaître au préfet le droit de pratiquer des actes de police judiciaire, ce n'est pas lui reconnaître le pouvoir de perquisitionner en toute hypothèse, et aucun texte ne lui a confié de pareilles attributions (1). Il faut reconnaître que la jurisprudence de la Cour de cassation ne repose sur aucun argument juridique sérieux, et elle a ce résultat fâcheux de reconstituer au profit de la police administrative un privilège d'un autre âge.

D'autre part, s'il est bien entendu que les préfets n'agissent qu'en vertu de l'article 10, il ne faut pas oublier qu'ils sont par excellence les agents du gouvernement et que les attributions qu'ils tiennent de leurs fonctions ordinaires et celles que leur confère l'article 10 ne sont pas tellement distinctes qu'elles ne puissent donner lieu à de regrettables confusions ; et la jurisprudence de la Cour de cassation a eu, entre autres mauvais résultats, celui de permettre à l'administration d'exercer éventuellement sous une apparence de légalité le contrôle le plus absolu sur les correspondances

1. Hélie, t. III, précité.

privées. C'est ainsi qu'en janvier 1867, sur réquisition du préfet de police, le directeur général des postes prescrivit à ses agents d'arrêter toute lettre leur paraissant contenir un manifeste politique jugé délictueux et de l'envoyer au Service central à Paris. Ces recherches opérées dans les correspondances furent ainsi pratiquées non pas par le préfet ou ses subalternes, mais par l'administration elle-même et par les soins de ses employés. Le parti libéral protesta énergiquement contre de pareils procédés et une consultation d'Albert Gigot, alors avocat à la Cour de cassation, reçut l'adhésion d'un certain nombre de barreaux de province. La question fut portée sous forme d'interpellation à la tribune du Corps législatif et M. Rouher dut reconnaître l'illégalité des perquisitions ainsi pratiquées (1).

La nature du délit qui a été commis ne saurait être prise en considération pour limiter les pouvoirs de perquisition des préfets, qui peuvent ainsi se manifester aussi bien en matière de droit commun qu'en matières politiques (2).

En matière de droit commun, l'article 10 est appliqué d'une manière régulière et suivie à Paris. Là, il y a deux polices, celle du préfet et celle du procureur de la République et il est juste de remarquer que l'action

1. *Moniteur*, 23 juillet 1867. D. 1867. I. 505.

2. Cass., 21 nov. 1863. — 12 avril 1862. — 19 janv. 1866. — 12 mai 1887.

du préfet est plus puissante et plus rapide, à raison du nombre d'agents dont il dispose, de l'absence de scrupules juridiques dont ces derniers font preuve et par la promptitude avec laquelle ils agissent. Grâce à l'article 10, en effet, la police seconde la justice dans des circonstances où la justice serait par son caractère tout à fait impuissante.

Si cette disposition légale n'existait pas, a-t-on dit, les tribunaux ne verraient plus comparaître devant eux certaines catégories de malfaiteurs. Par exemple, la fausse monnaie qui est fabriquée sur une échelle extrêmement vaste ne peut être découverte que par la police de la préfecture. Les commerçants qui reçoivent des pièces fausses vont les porter chez le commissaire de police qui ne peut qu'enregistrer leur plainte. Mais toutes ces plaintes aboutissent à la préfecture, il résulte de la part de ses agents une surveillance très attentive dans tel ou tel quartier où les pièces sont très abondantes et les agents arrivent en suivant les gens à l'atelier d'où sortent les pièces.

Si la préfecture était obligée de dénoncer ces faits au procureur de la République, qui recourerait au juge d'instruction, les faux monnayeurs auraient déjà disparu parce que leurs asiles changent souvent. Mais quand la police a trouvé l'endroit où on soupçonne l'existence d'un atelier de faux monnayage, elle perquisitionne, saisit les outils et instruments puis défert à la justice les coupables avec leurs instruments illicites. Il en est

de même à l'égard des jeux de hasard qui sont à Paris exercés non seulement sur la voie publique, mais dans les domiciles des particuliers, qui changent toutes les nuits. Le jour où les indicateurs de police signalent que la roulette sera tenue à tel endroit, le commissaire de police, avisé dix minutes auparavant, se présente porteur d'un mandat du préfet et met la main sur les enjeux. Encore ainsi, il arrive fréquemment que dans les maisons meublées situées sur les boulevards extérieurs tel individu est signalé à la préfecture de police comme rentrant la nuit à des heures tardives accompagné de paquets suspects. Il est certain que cet homme ne fait pas un travail régulier. La police se présente un matin chez lui en vertu de l'article 10 et trouve qu'il a apporté des objets d'art, des bijoux, c'est un cambrioleur et souvent un repris de justice. C'est cette disposition légale donnant au préfet le droit de perquisitionner instantanément qui permet de découvrir un grand nombre de délits et d'arrêter sur-le-champ les coupables (1). Ces opérations de police à raison des services importants qu'elles rendent choquent peu, malgré qu'elles soient en contradiction avec toutes les règles théoriques qui régissent la matière des perquisitions.

Mais dans l'hypothèse de délits politiques, de violentes critiques ont été adressées contre l'article 10, car

1. *Revue Pénitentiaire*, 1901, p. 217 et suivantes.

cette disposition légale est toujours utilisée. Néanmoins, il convient de remarquer, comme on l'a dit, que si les partis de l'opposition se sont tour à tour élevés contre l'intrusion de la politique dans l'œuvre de la justice, ils se sont empressés d'en conserver le bénéfice quand ils étaient au pouvoir. Les plus chauds défenseurs de l'article 10 ont toujours été ceux qui l'avaient le plus vivement critiqué. Quoi qu'il en soit, M. Clemenceau a prescrit aux préfets de n'user de ce droit de perquisition qu'avec la plus grande réserve et avec son autorisation (1).

Restriction aux pouvoirs des préfets.— On peut dire, en premier lieu, que les pouvoirs des préfets ne sont que temporaires, ils n'existent qu'en raison de l'urgence et dans la mesure que les circonstances exigent. Il importe que toutes les perquisitions opérées par la préfecture soient au plus tôt soumises au contrôle de l'autorité judiciaire. Cette pratique est heureusement aujourd'hui consacrée dans la pratique. La circulaire de 1906 de M. Clemenceau ordonnait aux préfets de prévenir d'urgence les parquets, afin qu'une instruction régulière puisse être ouverte et que la procédure reprenne le plus tôt possible son cours normal.

A l'heure actuelle, déclare un ancien haut fonctionnaire de la préfecture de police, M. Puibaraud, même

1. Circ., 4 avril 1906. *Jour. des Parquets*, 1907. 3. 10.

lorsqu'une perquisition a été infructueuse, même lorsque nous sommes certains que le juge d'instruction pourra dire « que cette affaire ne peut pas comporter de suites sérieuses », nous allons au-devant de cette déclaration du juge, car nous avons le devoir de livrer à la justice le résultat de nos recherches, quel qu'il soit. Le juge apprécie, le Code à la main, ce qu'il y a d'utile dans notre opération et celle-ci se trouve ainsi limitée, précisée et justifiée (1).

En second lieu, le pouvoir préfectoral n'est que subsidiaire à celui du parquet, en ce double sens que d'abord si le parquet ouvrait une instruction sur les faits qui sont déjà l'objet d'une enquête de la préfecture, celle-ci devrait se dessaisir en faveur de la justice, qu'ensuite la priorité de saisie des magistrats judiciaires empêcherait les préfets d'agir de leur côté et de se saisir (2).

Il convient de remarquer toutefois que le préfet conserve à l'égard des inculpés les droits que lui confie l'article 10 dès que son instruction a pour objet tout autre acte que celui sur lequel porte le réquisitoire introductif. Ainsi le préfet a le droit de faire procéder à des perquisitions et à des appositions de scellés chez une personne contre laquelle une information est

1. *Revue pénitentiaire*, précitée.

2. *Circ.*, 26 mars 1854.

ouverte, alors que ces opérations sont pratiquées à raison de mesures d'ordre administratif prescrites par le gouvernement et dont l'autorité judiciaire n'avait eu à s'occuper à aucun moment (1).

Un second système a, cependant, été soutenu, d'après lequel on estime qu'il n'y a aucune subordination de l'administration à la justice, que ces deux pouvoirs sont sur le même plan, qu'ils sont parallèles et égaux (2). Cette théorie nous paraît faire une fausse application du principe de la séparation des pouvoirs en cette matière où l'action de l'administration sort de son domaine et empiète sur celui de l'autorité judiciaire. Les pouvoirs préfectoraux sont exceptionnels, leur interprétation doit être stricte et le droit commun doit reprendre au plus tôt son empire.

Enfin, les préfets, au cours de leurs perquisitions, sont soumis à toutes les règles de fond et de formes qui régissent les opérations des magistrats instructeurs, car s'ils ont les ^{mêmes} pouvoirs des juges d'instruction, ils n'ont pas de droits plus étendus qu'eux. Ils doivent donc observer les formalités édictées par le Code d'instruction criminelle ou par les lois spéciales (3).

C'est ainsi que des procès-verbaux réguliers doivent

1. Seine, 27 décembre 1900. *Gaz. Pal.*, 1901. I. 49.

2. Rougier. *Revue critique*, 1903.

3. Seine, 8 avril 1897. *Gaz. Pal.*, 1897. 2. 188. — Cass., 8 février 1876.

être dressés pour constater les perquisitions, c'est ainsi que la présence du prévenu est nécessaire au cours de l'opération. Mais les formalités exigées par la loi de 1897 sont étrangères aux préfets. D'une part, en effet, les garanties données à l'inculpé s'effacent toujours en matière de flagrant délit. D'autre part, si le délit n'est pas flagrant, la jurisprudence admet que le préfet n'est pas tenu de se conformer aux prescriptions imposées aux juges d'instruction seulement ou aux officiers de police judiciaire par lui délégués (1). Cependant Hélie semble être d'un avis contraire (2).

On peut se demander si les préfets peuvent déléguer leur droit de perquisition. On estime généralement que leurs pouvoirs sont personnels. Ce caractère de leurs fonctions doit certainement empêcher toute délégation au profit d'un agent administratif qui ne serait pas officier de police judiciaire. Ainsi, un préfet ne pourrait pas charger un sous-préfet du soin d'opérer une perquisition. Mais la jurisprudence tient pour certain que ce droit de perquisition est une prérogative de la fonction et non de la personne, il peut donc être exercé par le fonctionnaire quelqu'il soit, qui supplée le préfet en cas d'absence, de maladie, de démission de destitution ou de décès (3).

1. Cass., 9 juin 1899.

2. Hélie, t. III, p. 125.

3. Trib. conflits, 25 mars 1885 D. 90. 8. 66. — Mangin, t. I, p. 155.

D'autre part, la jurisprudence admet que le préfet agit personnellement, lorsqu'il charge un officier de police judiciaire, tel qu'un commissaire de police, d'agir à sa place. Dans ce cas, le préfet communique à cet agent les pouvoirs qui lui sont personnels, de sorte que celui-ci, empruntant ses pouvoirs à la délégation qui lui est donnée, peut faire ce qu'il n'avait pas le droit de faire en sa propre qualité. Ainsi le préfet peut charger un commissaire de police de perquisitionner dans un bureau de poste à l'effet de saisir des lettres, hors le cas de flagrant délit, alors que le commissaire de police ne pourrait y procéder que si le délit était flagrant (1).

On dit que cette solution est plus conforme, sinon à la lettre de l'article 10, du moins à l'esprit de cette disposition. Le préfet de police décide, mesure et charge un officier de police de son exécution. Il s'agit d'une commission rogatoire, d'où il faut conclure que l'officier de police doit adresser au préfet et non au procureur de la République les actes par lui accomplis en vertu de cette réquisition. C'est le préfet qui, après avoir terminé la série de ses opérations, transmettra l'ensemble de la procédure au parquet.

Mais l'opinion qui admet que le préfet peut commu-

1. Cass., 21 nov. 1852. — 12 mai 1887. — 16 août 1862. — 19 janv. 1866.

niquer à l'officier de police requis sa propre compétence est vivement critiquée. D'après un second système, on prétend que cette réquisition n'a pour effet que de mettre l'officier requis en demeure d'agir dans les limites de ses attributions. Celui-ci ne pourrait faire que les actes qui lui sont attribués par la loi dans l'exercice de ses fonctions habituelles ; il ne recevrait pas du préfet une délégation étendant ses pouvoirs, il serait simplement requis d'exercer ceux qui lui appartiennent (1). Cette opinion nous paraît la meilleure en présence des dispositions de l'article 10 qui donne au préfet le droit de requérir des officiers de police, chacun en ce qui le concerne. Cette disposition ne se comprendrait plus si le préfet pouvait commettre ces officiers en leur communiquant sa propre compétence. D'ailleurs, cette compétence des préfets, contraire aux règles du droit commun, doit être interprétée restrictivement.

Responsabilité des préfets. — Il convient d'examiner maintenant la question de la responsabilité de préfets opérant des perquisitions en vertu de l'article 10, et de déterminer à quelles autorités appartient le pouvoir d'apprécier la régularité de leurs actes. On a autrefois soutenu une théorie bien dangereuse pour la liberté d'après laquelle le préfet n'était responsable que

1. Hélie, t. III, nos 1705-1715. — Laborde, 818. — Garraud. Précis, n° 486.

devant le ministre de l'Intérieur. La juridiction judiciaire était incompétente pour statuer, car elle se trouvait en présence d'un acte administratif, d'un acte gouvernemental.

En 1889, le préfet de police et quelques préfets de province avaient, sur l'ordre du gouvernement, fait saisir à la poste des affiches et circulaires en invoquant une infraction de la loi sur la presse. Les victimes de ces saisies, qui n'avaient pas été poursuivies correctionnellement, réclamèrent les objets saisis. L'administration déclina la compétence des tribunaux ordinaires. Mais le tribunal des conflits déclara que les perquisitions et les saisies avaient le caractère d'actes de police judiciaire (1). La juridiction administrative est donc incompétente pour statuer sur un recours pour excès de pouvoir à l'égard des perquisitions opérées par les préfets. Cet acte d'autorité ne saurait changer de nature par le fait qu'il a été ordonné par le ministre de l'Intérieur dans un but politique et que la mesure a été approuvée par la Chambre, il ne saurait en aucun cas devenir un acte administratif ou de gouvernement (2).

Mais ces actes de police judiciaire sont-ils soumis au contrôle du procureur général et placés sous l'auto-

1. *Rev. crit.*, 1891, p. 135. — Laferrière, t. II, p. 31-32.

2. Trib. conflits, 25 mars 1889. D. 90. 3. 65. — Seine, 3 mars 1897. *Gaz. Pal.*, 1897. 2. 188.

rité des Cours d'appel ? Nous avons vu précédemment que les préfets possédaient les prérogatives des officiers de police judiciaire sans en avoir le titre, et qu'à raison de ce fait, ils échappaient à ce contrôle et à cette autorité. Les victimes d'abus de pouvoir de leur part sont réduites à intenter contre eux devant les tribunaux judiciaires des demandes en dommages-intérêts. Cette action ne pourrait être suivie, d'après une première opinion soutenue par M. Garraud, que par la voie de la prise à partie (1). Mais la Cour de cassation n'ayant pas assimilé les préfets aux officiers de police judiciaire, il n'y avait pas lieu à leur égard à prise à partie.

Projets de réformes. — L'abrogation de l'article 10 a été souvent réclamée. Dans le projet de réforme du Code d'instruction criminelle, elle avait été proposée par la commission de la Chambre des députés. La Chambre avait estimé que cette disposition légale était inutile et que son maintien ne pouvait avoir d'autre but que de laisser une place à l'arbitraire (Séance du 15 janvier 1891.)

Mais le Sénat l'avait conservé en restreignant seulement les pouvoirs d'instruction du préfet de police en cas de flagrant délit, et en supprimant ceux des préfets des départements. La suppression des pouvoirs judi-

1. Cass., 8 février 1876.

ciaires des préfets a été de nouveau demandée dans une proposition de loi déposée par M. Mirman le 4 novembre 1901 (1).

Deux propositions de loi déposées l'une par M. Clemenceau sur le bureau du Sénat le 16 décembre 1905, et l'autre sur le bureau de la Chambre par M. Cruppi le 3 février de la même année, concluent également à l'abrogation de l'article 10. Mais la proposition Cruppi maintient qu'exceptionnellement et en cas d'urgence le préfet de police à Paris pourra requérir les officiers de police judiciaire de faire tous les actes nécessaires à la constatation des crimes ou délits. Cette restriction est d'ailleurs analogue à celle du projet déposé en 1879 par Le Royer.

Enfin le 25 juin 1909, la Commission de réforme judiciaire, après audition de M. le garde des Sceaux, a décidé de disjoindre du projet voté par le Sénat sur les garanties de la liberté individuelle, la disposition contenant l'abrogation de l'article 10 et un rapporteur a été nommé sur-le-champ. Une réforme de la législation en ce qui touche la question des pouvoirs judiciaires semble donc imminente. On peut encore se demander dans quelle mesure elle sera opérée.

D'après une première opinion, le préfet doit être seulement un agent supérieur de police administrative,

1. *Rev. Pénit.*, 1901, p. 1495.

investi du droit de requérir les officiers de police judiciaire, de faire certains actes de constatation des crimes ou délits ou chargé uniquement du soin de dénoncer à l'autorité judiciaire les infractions qui parviennent à sa connaissance. Il ne devrait pas figurer sur la liste des officiers de police judiciaire ou compter au nombre des auxiliaires du procureur de la République.

On estime que de cette façon seulement, il sera possible de séparer la justice de l'administration et de la politique, mélangées aujourd'hui dans les attributions de ce haut fonctionnaire de la manière la plus compromettante pour la dignité du pouvoir judiciaire et pour l'intérêt des citoyens (1).

1. Boullaire, p. 37.

CHAPITRE III

PERQUISITIONS OPÉRÉES PAR DES AGENTS SPÉCIAUX

Nous avons vu que les perquisitions domiciliaires ou autres étaient en principe des opérations de l'instruction, qui ne pouvaient être ordonnées ou pratiquées que par le juge seul, sauf en cas de flagrant délit. Mais il existe une seconde exception, établie surtout dans l'intérêt des finances publiques. La loi a confié aux agents qu'elle charge de la contestation de certaines infractions le pouvoir de procéder pour y parvenir à des visites domiciliaires ou à des fouilles sur les personnes. Il semble à ce propos qu'on n'ait pas dépouillé ces vieilles idées qui, confondant les nécessités du fisc avec celles de l'intérêt public, ont fait quelquefois du droit fiscal le refuge des prérogatives régaliennes (1). Ce n'est pas toujours d'ailleurs dans l'intérêt des finances publiques

1. Morizot-Thibault, p. 448.

que la loi a consacré des atteintes assez graves à la liberté de la personne humaine, elle a autorisé les visites domiciliaires dans les boutiques, magasins des commerçants et industriels, dans le but très légitime de combattre la fraude en matières alimentaires. Mais tous ces actes d'autorité, perquisitions sur la personne ou à son domicile pratiquées par des agents administratifs avant qu'aucun délit ne soit constaté, doivent être autorisés par un texte spécial. Néanmoins, la jurisprudence a admis que les gendarmes et agents de police peuvent, en vertu de leurs pouvoirs de police générale, rechercher les traces de tous les délits.

Dans ce but, quoiqu'ils ne possèdent pas le titre d'officiers de police judiciaire et ne soient pas désignés spécialement pour constater certains délits, ils peuvent s'introduire chez les particuliers, qui ne s'y opposent pas, pour leur demander tous renseignements utiles relativement à des infractions dont ils sont inculpés. Dans cette hypothèse, les agents de l'autorité ne peuvent pas perquisitionner, mais ils peuvent saisir et annexer à leurs procès-verbaux toutes les pièces qui leur ont été remises volontairement (1). Ils peuvent, lorsqu'ils sont entrés régulièrement au cours de leur service chez un particulier, dresser procès-verbal à l'occasion d'un délit dont ils trouvent la trace (2). Cette jurisprudence con-

1. Cass., 13 déc. 1894.

2. Caen, 2 août 1876. S. 77. 2. 173.

sacre la pratique de visites domiciliaires opérées par des agents administratifs en l'absence de tout texte les y autorisant formellement. D'autre part, on a reconnu aux officiers de police judiciaire indiqués dans les articles 9 et 10 du Code d'Instruction criminelle le droit de constater tous les délits de droit commun ou en matières spéciales. Mais ces magistrats ne sauraient être compétents pour perquisitionner chez les particuliers à l'effet de constater les infractions de nature spéciale. Ils n'ont pas été désignés formellement par la loi, ils ne sauraient employer valablement la procédure spéciale de perquisition que les différentes lois sur ces matières ont instituée. Ils ne peuvent que dresser des procès-verbaux ou saisir les objets délictueux au cours des perquisitions qu'ils font légalement dans un autre but.

La loi prévoit toute une série de perquisitions qui peuvent être opérées par des agents spéciaux chargés de la constatation de certaines infractions. C'est ainsi que les employés des contributions indirectes sont autorisés à s'introduire non seulement dans les maisons des individus soumis à l'exercice par leur profession (art 81-82. L. du 5 ventôse an XII, art. 235-236.—L. du 27 février 1906), mais encore dans les maisons de tout citoyen, en cas de suspicion de fraude. Il convient de remarquer à cet égard qu'une disposition légale exige la mention sommaire au procès-verbal des circonstances

de fait de nature à éveiller les soupçons de fraude, une dénonciation anonyme ne saurait être suffisante à légitimer la perquisition (1).

D'autre part, les visites ainsi opérées dans les locaux d'habitation par les agents des contributions indirectes doivent être préalablement autorisées par une ordonnance du président du tribunal civil de l'arrondissement ou du juge de paix du canton. Mais les marchandises transportées en fraude qui, au moment d'être saisies, seraient introduites dans une habitation pour les soustraire aux employés des contributions indirectes, pourront y être suivies par eux sans qu'ils soient tenus en ce cas d'observer les formalités que nous avons énoncées (2).

Il semble hors de discussion que les employés des octrois qui sont autorisés par l'article 53 de la loi du 1^{er} germinal an XIII et l'article 92 de l'ordonnance du 9 décembre 1814 à constater les fraudes qu'ils découvrent en matière de contributions indirectes, soient soumis aux mêmes dispositions.

Les agents des douanes ont non seulement le droit d'opérer des perquisitions sur les voitures ou sur les navires qui franchissent les frontières ou qui naviguent près des côtes, mais encore ils peuvent dans certaines

1. Loi du 6 août 1905, a. 15.

2. L. 28 avril 1816, a. 237.

hypothèses, pénétrer dans le domicile des citoyens : en premier lieu, les préposés des douanes qui poursuivent à vue les marchandises prohibées, peuvent les saisir à domicile, sans avoir besoin de requérir l'assistance d'un officier de police judiciaire pour pénétrer à leur suite dans la maison où les fraudeurs les ont déposées ; en second lieu, les employés des douanes qui recherchent des dépôts frauduleux existant dans le rayon de deux myriamètres des frontières de terre peuvent perquisitionner chez des particuliers, mais avec l'assistance d'un officier de police judiciaire (1).

Les employés d'octroi peuvent, après interpellation, faire sur les bateaux, vaisseaux et autres moyens de transport, toutes les visites, recherches ou perquisitions nécessaires soit pour s'assurer qu'il n'existe rien qui soit sujet aux droits, soit pour reconnaître l'exactitude des déclarations qui leur sont faites. Sont toutefois exceptées de ces visites, les personnes voyageant à pied ou à cheval, expression qui sert à désigner toutes les personnes qui passent devant les bureaux d'octroi (2). D'autre part, les employés de l'octroi peuvent, en cas de soupçon de fraude, faire des perquisitions non seulement au domicile particulier des industriels et

1. Loi du 6-22 avril 1791, a. 35,36,39, t. XIII.— Loi, 28 avril 1816. a. 25.

2. Arrêté, 9 décembre 1814, a. 30,28.

commerçants, mais encore chez les simples particuliers, mais en observant les formalités de la loi du 28 avril 1816.

En matière de postes, les directeurs, contrôleurs et inspecteurs des postes, les employés des douanes aux frontières et la gendarmerie nationale sont autorisés à faire ou à faire faire toutes perquisitions sur les messagers, piétons chargés de porter les dépêches, voitures de messageries et autres de même espèce, à l'effet de constater les contraventions (1). Mais la jurisprudence, dans l'interprétation de ce texte, a estimé que ce droit de perquisition ne comprenait ni la personne de simples voyageurs, ni leurs effets, qu'il ne s'appliquait qu'aux personnes, qui, à raison de leur profession ou de leur commerce, font habituellement des transports d'un lieu à un autre et ont par là l'occasion de commettre des fraudes au préjudice de l'administration (2).

En matière de garantie d'or et d'argent, le receveur et le contrôleur devront se transporter, accompagnés d'un officier municipal, dans les habitations qui leur sont indiquées comme lieux de fabrication de faux poinçons (3). Un décret du 28 germinal an XIII a étendu ce droit de perquisition en cette matière aux préposés des contributions indirectes.

1. Arrêté, du 27 prairial an IX, a. 5.

2. Cass., 13 décembre 1848.

3. Loi, 19 brumaire an VI, a. 3.

En matière de fabrication et de vente de poudres, des perquisitions devaient être faites, autrefois, par les municipalités, sur réquisition des préposés de l'administration des poudres (1). Depuis, cette administration a été réunie à celle des contributions indirectes, et les perquisitions en matière de poudres ont été soumises aux règles qui régissent celles qui sont exercées en matière de contributions indirectes. En outre, la loi du 24 mai 1834, qui a placé la fabrication et la détention de poudres parmi les délits de droit commun, a soumis cette infraction aux recherches et aux perquisitions autorisées par le Code d'instruction criminelle.

Une procédure spéciale pour perquisitionner existe en matière d'infraction aux règles de servitudes militaires (2). Les vérificateurs des poids et mesures sont autorisés à faire des visites chez les marchands et débitants, en vertu de l'article 26 de l'ordonnance du 17 avril 1839. Les inspecteurs du travail peuvent pénétrer dans les manufactures, dans les établissements de commerce pour y rechercher et constater les infractions qui peuvent y avoir été commises. La loi du 21 germinal an XI autorise les professeurs des écoles de médecine à visiter les pharmacies pour rechercher et constater les délits et contraventions à la police de la pharmacie.

1. Loi, 13 fructidor an V, a. 24, 25, 26.

2. Loi, 1^{er} avril 1821, a. 22.

Responsabilité de ces agents. — Nous venons de voir que dans certaines hypothèses les visites domiciliées opérées par ces agents spéciaux devraient être entourées de formalités constituées, soit par la délivrance d'une ordonnance émanant de l'autorité judiciaire, soit par l'assistance d'un officier de police judiciaire. On peut se demander quelle responsabilité encourraient les agents des contributions indirectes ou des douanes, qui s'introduiraient dans le domicile des particuliers sans ces formalités. En premier lieu, ces fonctionnaires pourraient tomber sous l'application de l'article 184 du Code pénal, qui punit le seul fait de la violation des garanties légales établies pour la protection des citoyens. Une adhésion formelle de ceux-ci à l'inobservation des formalités est seule de nature à effacer le délit.

En second lieu, une perquisition illégale peut avoir son influence sur la validité des actes qui ont été opérés. La jurisprudence a distingué si l'introduction dans l'habitation avait eu lieu par violence ou du moins à l'insu et malgré l'opposition du citoyen ou au contraire si elle avait eu lieu avec son consentement. Dans le premier cas, la perquisition est absolument nulle et ne peut servir de base à une prévention (1). Dans le deuxième cas, la perquisition n'est pas illégale. La présence d'un officier de police judiciaire ou l'autori-

1. Cass., 21 avril 1864.

sation de l'autorité judiciaire ne sont pas des formalités substantielles dont l'inobservation doit emporter nullité, elles ne sont que de simples mesures de police qui n'ont pour objet que de protéger la sûreté individuelle et domiciliaire, de sorte que lorsque le possesseur du domicile ne s'oppose pas à l'introduction des agents de l'autorité, il est présumé y avoir consenti (1). Certains auteurs, comme Legraverend et Mangin, ont contesté cette doctrine en déclarant que ces dispositions étaient d'ordre public et que les citoyens ne pouvaient y renoncer valablement. D'après une autre opinion soutenue par Hélie, il ne faut pas confondre l'inviolabilité de la demeure avec l'inviolabilité de la personne, et s'il n'y a pas de consentement qui puisse régulariser l'aliénation que l'homme ferait de sa liberté, il lui est loisible, au contraire, de renoncer à la protection que la constitution accorde à son domicile. Cette protection, encore qu'elle soit une mesure d'ordre public, est facultative entre les mains de chaque citoyen, en ce sens qu'il peut l'invoquer ou la répudier à sa volonté. On considère que les fonctionnaires, qui agissent sans observer les formalités que nous venons d'exposer, violent un devoir légal consistant pour eux à observer scrupuleusement les exigences de la loi, mais ne commettent pas un acte illégal, tel qu'une perquisition

1. Cass., 1^{er} fév. 1822. — 12 juin 1829.

domiciliaire pratiquée avec violence, ou avec mauvaise foi. La perquisition irrégulière opérée avec le consentement des intéressés ne doit donc pas être considérée comme un acte nul.

Mais il importe d'établir si le consentement du citoyen, qui seul peut effacer l'irrégularité de l'opération, a non seulement été donné d'une manière expresse, mais encore en connaissance de cause. C'est pourquoi on exige que le procès-verbal de perquisition fasse mention du consentement de la partie à l'inobservation des formes légales et porte la signature de cette partie. Cette théorie qui s'éloigne de celle consacrée par la jurisprudence et en vertu de laquelle on présume par le seul défaut d'opposition qu'il y a consentement à l'introduction des agents de l'autorité, nous paraît beaucoup plus équitable et doit être étendue à toutes les hypothèses où pour une cause quelconque les agents de l'autorité sont obligés à négliger au cours de leurs opérations quelques-unes des formalités légales.

Règles spéciales en matière de chasse. — En matière de chasse, la loi punit la simple détention et le simple fait d'être trouvé porteur d'engins prohibés. Cette disposition paraît impliquer le droit de perquisition au profit des agents chargés de constater les infractions à la police de la chasse, à savoir les gardes particuliers, les maires et les adjoints, les commissaires de police,

les officiers de gendarmerie et les gendarmes, les gardes forestiers, les gardes champêtres, les gardes pêches, les agents supérieurs de l'administration et les autres officiers de police judiciaire désignés dans les articles 9 et 10 du Code d'Instruction criminelle. Mais on ne trouve nulle part dans la loi sur la chasse de réglementation de perquisitions ou de visites domiciliaires, il faut donc en conclure que les principes de droit commun s'appliquent à cette matière, et il n'est pas permis de penser que les agents investis du droit de constater les délits de chasse possèdent en l'absence de tout texte, le pouvoir d'employer toutes les mesures de contrainte utiles à l'exercice de leur mission.

Les perquisitions ne peuvent donc avoir lieu en matière de chasse qu'en vertu d'une ordonnance du juge d'instruction (1). Par suite les visites domiciliaires faites par les gendarmes sur la réquisition du procureur de la République ou par le garde champêtre assisté de l'adjoint au maire sont nulles et illégales (Dijon, 13 janvier 1864. *J.D.C.*, 1864, p. 91. — Douai, 4 novembre 1847. D.50. 5. 392). Il en est de même pour celles qui sont pratiquées par les gardes forestiers. (Cass., 17 juillet 1858.)

Mais toujours conformément au droit commun, on

1. Amiens, 15 avril 1858. *Journal du ministère public*, 1863, p. 223. — Wassy, 15 novembre 1875. *Ibidem*, 1876, p. 302. — Bourges, 19 mars 1869. D.74. 5. 71

reconnaît que si les agents de l'autorité pénètrent régulièrement dans le domicile d'un particulier pour un autre objet, ils peuvent dresser procès-verbal de la découverte des engins prohibés qu'ils y trouveraient.

Les préfets peuvent agir aussi en vertu de l'article 10 du Code d'Instruction criminelle. Mais en cas de flagrant délit, tous les officiers de police judiciaire sont autorisés à pratiquer des visites domiciliaires, ou des fouilles sur la personne. En outre, les perquisitions pratiquées avec le consentement du prévenu ne sont jamais nulles.

D'autre part, la loi érige en délit le fait de mettre en vente, de vendre ou d'acheter, de transporter ou de colporter du gibier en temps prohibé et elle investit les agents des contributions indirectes et des octrois du droit de constater ces sortes d'infraction. Mais il convient de remarquer que la compétence de ces employés n'est qu'occasionnelle et qu'accessoire à leurs fonctions habituelles, il faut donc en conclure que les dispositions de la loi de 1816, modifiées par la loi du 6 août 1905 qui permettent aux employés des contributions indirectes de pénétrer en cas de suspicion de fraude chez les particuliers non soumis à l'exercice, ou celles qui les autorisent à suivre sans formalités les marchandises transportées en fraude, ne peuvent s'appliquer en matière de chasse. Car la loi de 1844 dispose dans son article 4, que la recherche du gibier ne peut être

opérée à domicile que chez les aubergistes, les marchands de comestibles et dans les lieux ouverts au public. Il faut conclure de cette dernière disposition que les agents chargés de la police de la chasse possèdent le droit de perquisition, non seulement dans les lieux publics, halles, marchés, rues, places, gares et dépendances, mais encore au domicile des commerçants, qui sont à raison de leur profession susceptibles des infractions en cette matière.

D'après une opinion, les termes de la loi consacrent un droit de recherche aussi général qu'absolu dans les lieux ouverts au public et, en conséquence, les agents sont autorisés à sommer les particuliers qu'ils soupçonnent de se livrer à un acte frauduleux de transport de gibier, d'avoir à laisser vider leurs voitures ou leurs paniers ; mais il convient de remarquer qu'aucune sanction n'est édictée contre ceux qui refusent de laisser procéder à cette visite (1). Il en est de même pour le droit de recherche concernant les personnes trouvées sur la voie publique, les agents peuvent les fouiller, mais aucune peine n'est édictée contre celui qui refuse de se laisser fouiller.

On peut enfin se demander ce que la loi a entendu désigner sous les termes de domicile des aubergistes et des marchands de comestibles. Doit-on entendre seule-

1. Dax, 12 juillet 1899. *Gaz. Pal.*, 1899. 2. 228.

ment les locaux affectés au commerce, ou doit-on autoriser les perquisitions dans ceux qui sont réservés à l'habitation personnelle du commerçant et de sa famille ? Il semble que c'est cette dernière solution qu'on doive admettre en présence des termes formels de la loi. Dans cette hypothèse, l'assistance d'un officier de police judiciaire est obligatoire, tandis qu'elle n'est pas utile lorsqu'il s'agit de perquisitionner dans les lieux ouverts au public, quand le principe de l'inviolabilité du domicile n'est pas en jeu.

Règles spéciales en matière de pêche. — Tous les pêcheurs sur les cours d'eau navigables et les canaux désignés dans les deux premiers paragraphes de l'article 1 de la loi du 15 avril 1829 sont tenus d'amener leurs bateaux et de faire l'ouverture de leurs loges, hangars, huches, réservoirs ou boutiques à poissons à toute réquisition des préposés de l'administration de la pêche, agents spéciaux, gardes champêtres, éclusiers, à celle de tous les officiers de police judiciaire et même à celle des gendarmes (1). Cette obligation est imposée à tous les pêcheurs, même aux pêcheurs à la ligne flottante, mais elle ne concerne pas les personnes qui ne se livrent pas à la pêche, tels que les canotiers, les mariniers.

Il a été décidé que l'énumération contenue dans l'article 34 des moyens à l'aide desquels les agents de

1. Loi, 15 avril 1829, art. 34-36.

l'autorité pouvaient vérifier l'existence des contraventions n'avait rien de limitatif et pouvait comprendre dès lors le droit pour les préposés de requérir les pêcheurs à la ligne de lever leur ligne à l'effet de vérifier si elle était plongeante ou flottante (1).

Les gardes-pêche ne peuvent sous aucun prétexte s'introduire dans les maisons et enclos y attenant pour la recherche des engins prohibés (2) même avec l'assistance d'un officier de police judiciaire. Il faut cependant remarquer que c'est seulement eu égard à la recherche des engins illicites que la prohibition est portée pour cette raison que la simple détention à domicile d'engins de pêche prohibés ne constitue pas un délit. Il faut donc en conclure que cette prohibition cesse d'exister lorsqu'il s'agit de rechercher ou de constater d'autres contraventions aux lois sur la police de la pêche. Mais alors, il est nécessaire que le garde-pêche suive les formes prescrites par la loi, c'est-à-dire qu'il soit assisté du juge de paix ou du maire.

Il existe en matière de pêche une disposition analogue à celle que nous avons trouvée dans la loi sur la chasse, la recherche du poisson peut être opérée en temps prohibé à domicile chez les aubergistes et chez les marchands de denrées ou de comestibles et dans les lieux ouverts

1. Metz, 4 janv. 1860. D. 60. 2. 142.

2. Loi, 15 avril 1829, a. 40.

au public (1). La jurisprudence n'a pas rendu en cette matière de décisions analogues à celles qu'on peut trouver en matière de chasse : elle n'a pas transformé ce droit de recherche en droit de visite général (2) ; en conséquence un garde-pêche, qui soupçonne un individu par lui rencontré sur la voie publique de colporter du poisson pêché en temps prohibé, ne peut contraindre cet individu à ouvrir et laisser visiter le panier dont il est porteur. Il ne saurait pas non plus être procédé à des recherches sur la personne même du contrevenant. Cette jurisprudence plus respectueuse de la liberté individuelle nous paraît être applicable également en matière de chasse.

Des dispositions légales qui n'autorisent les recherches que dans les lieux ouverts au public et au domicile des aubergistes, et marchands de comestibles, il faut en conclure qu'aucune visite ne peut être faite au domicile des particuliers, si ce n'est d'après le droit commun, en vertu d'une ordonnance délivrée par un magistrat instructeur.

Règles spéciales en matière de fraudes. — En permettant à certains agents, (commissaires de police ou commissaires spéciaux, inspecteurs des halles, marchés, abattoirs, agents d'octroi, agents de contributions indirectes et des douanes agissant à l'occasion de l'exercice

1. Loi, 31 mai 1805, a. 7.

2. Toulouse, 20 juillet. 1893. D. 94 3. 199.

de leurs fonctions, vétérinaires individuellement désignés par les préfets et commissionnés par eux, agents spéciaux qui peuvent être institués par les départements et les communes, de s'introduire, même en dehors de tout soupçon de fraude, dans les boutiques, magasins des industriels et commerçants, la loi du 1^{er} août 1905 et le décret du 31 juillet 1906 sur les fraudes n'ont pas organisé une procédure de nature à porter une grave atteinte à la liberté du commerce. C'est pour la société un droit essentiel, sans lequel elle ne pourrait se protéger efficacement contre la fraude et sans lequel la santé publique serait en péril, que d'ordonner des prélèvements sur les marchandises mises en vente. Encore convient-il de ne pas donner à ce moyen de contrôle un caractère vexatoire qu'il n'a pas et ne doit pas avoir ; en premier lieu, il n'ouvre pas le domicile des citoyens aux investigations des agents de l'autorité, il n'autorise les prélèvements d'échantillons pris d'office que dans les magasins, boutiques, ateliers, voitures servant au commerce, et non pas dans ces maisons d'habitation des commerçants (1). En second lieu, ces mesures sont générales et le prélèvement ne vise pas quelqu'un, mais quelque chose, il est destiné à appréhender un produit, suspect ou non, et il est impossible de savoir au moment où l'inspecteur des

1. Décret, 31 juillet 1906, a. 4.

denrées alimentaires quitte un établissement, s'il a prélevé des échantillons suspects ou normaux.

La législation sur les fraudes ne dit pas que des prélèvements peuvent être opérés au domicile des commerçants et industriels. En conséquence, les agents de l'autorité devront respecter le domicile privé des industriels et commerçants, mais ils auront libre accès dans les locaux servant au commerce pour y prendre des échantillons, ainsi que dans les voitures, dans les entrepôts et les gares de chemins de fer. Ils peuvent même, exceptionnellement, pénétrer dans une pièce de la maison d'habitation ou de l'appartement, si cette pièce sert temporairement au commerce, par exemple dans une salle à manger servant d'arrière-boutique (1).

L'expression voiture servant au commerce se prend dans son acception la plus large et comprend notamment les voitures à bras, les voitures à traction mécanique, les voitures des marchands ambulants ou forains, les ballots des colporteurs peuvent aussi être visités, on les assimile à des boutiques ; il en est de même des locaux où les commerçants déposent des ballots alors qu'ils dépendent même d'un domicile particulier. Des agents ont pu pénétrer valablement pour y prendre des échantillons dans les caves d'un tiers, qui les avait mises

1. Cass., 4 juin 1908.

à la disposition d'un marchand de vins en vue de son commerce (1).

D'après la loi sur les fraudes, il existe deux sortes de prélèvements : en premier lieu, ceux qui sont opérés dans toutes les circonstances en dehors de tout soupçon de fraudes, ils sont facultatifs ; en second, les prélèvements qui sont faits, lorsque les produits alimentaires paraissent falsifiés, lorsque des fraudes sont signalées aux autorités, lorsqu'enfin les agents ont quelque raison de croire que certains produits ont été altérés. Dans cette hypothèse, les prélèvements sont obligatoires.

Il convient enfin de remarquer qu'en cette matière, des perquisitions peuvent avoir lieu conformément au droit commun, sur ordonnance de magistrats instructeurs à l'effet de rechercher dans les livres, dans les correspondances, les traces des infractions ou dans le but d'opérer des prélèvements de comparaison chez les tiers en rapport avec l'inculpé.

Telles sont les principales exceptions que l'intérêt de la répression des délits et contraventions a créées au principe de l'inviolabilité du domicile. Néanmoins, il faut considérer que les vérifications des agents de l'autorité dans les maisons de ceux qui exercent certaines professions ne sont pas à proprement parler des visites domiciliaires.

1. Narbonne, 19 mai 1905.

Certains citoyens, en choisissant une profession ont ouvert de plein droit leurs habitations à la surveillance de l'autorité. Mais lorsque les perquisitions s'étendent aux maisons des particuliers, il y a véritablement atteinte en ces matières à la liberté de la personne humaine, et il est à désirer que les hypothèses où les agents administratifs peuvent s'introduire chez les citoyens, avant qu'un délit quelconque ne soit constaté, diminuent au point de disparaître un jour de notre législation.

CONCLUSION

DES SAISIES ET DES RESTITUTIONS

Les saisies. — La saisie est en général le but et le résultat des perquisitions. Le droit de saisir est donc la conséquence du droit de recherche. En matière criminelle ordinaire, ce droit a pour objet unique la manifestation de la vérité. En conséquence, les objets dont la recherche justifiera les perquisitions peuvent être classés en trois catégories : en premier lieu les objets ou instruments ayant servi au crime ou destinés à le commettre, en second lieu les objets ou instruments provenant du crime ou du délit, en troisième lieu les objets susceptibles de servir à la manifestation de la vérité, à cette catégorie appartiennent non seulement les pièces d'écriture de comparaison, mais aussi tous les écrits émanant de l'inculpé ou des tiers qui peuvent permettre de découvrir les circonstances du crime, ses auteurs, leurs complices, le lieu où ils se sont réfugiés, le degré de responsabilité au point de vue de leur cul-

pabilité. Enfin, la jurisprudence admet la validité des perquisitions dont le but est de recueillir de simples renseignements sur un inculpé, quoique la loi n'autorise les visites domiciliaires qu'à l'effet de saisir les objets matériels se rattachant à une infraction déterminée. Il semble qu'on doit admettre également « la saisie », par un magistrat instructeur de la correspondance télégraphique échangée entre deux personnes, encore qu'il s'agisse d'une chose immatérielle et confidentielle. Enfin, en pratique il est admis que le juge peut placer des scellés sur la porte du domicile d'un inculpé ou d'un tiers, en vue de procéder plus tard à un inventaire complet des objets qui se trouvent à l'intérieur (Circ. 23 février 1887).

Trois grandes règles dominent toutes les saisies des pièces à conviction :

a) La première est que la saisie de ces pièces n'est, d'une part, dans un aucun cas, une condition nécessaire de la poursuite, que, d'autre part, elle n'est pas obligatoire pour la production en justice de certaines pièces à conviction. En effet, dans le système actuel de notre législation, il n'y a point pour le juge de preuves nécessaires et il est libre, en principe, de former sa conviction sur tous les éléments du procès (1) ; la saisie et les mesures qu'elle comporte n'a pour but que

1. Cass., 17 mars 1900.

d'établir l'identité sans contestation des pièces à conviction, sans régler la question de production des preuves (1).

b) La seconde règle qui vise la matière des saisies énonce que cette mesure ne peut porter que sur des objets qui ont le caractère d'indices ou de preuves. Il faut en conclure, en premier lieu que la saisie ne peut s'étendre aux objets destinés à servir de garantie au recours en indemnité que pourrait exercer la victime du délit ou la partie civile. La mission du juge consiste en effet à établir la vérité et non pas à prendre des mesures conservatoires pour la sauvegarde des intérêts civils des particuliers, alors même qu'ils se portent partie civile devant la juridiction de jugement ; les plaignants doivent avoir recours aux formes de procédure ordinaire. La saisie de deniers entre les mains d'un inculpé prévenu de vol ou d'abus de confiance, ne doit être pratiquée que si le juge d'instruction estime que si la production en justice de cette somme d'argent peut être utile à la manifestation de la vérité et si elle correspond exactement avec celle qui a été volée, s'il y a identité absolue. Il doit en être de même à l'égard de toutes les choses fongibles.

Mais, en pratique, les magistrats saisissent d'une manière très large tous les objets ou sommes d'argent

1. Cass., 17 sept. 1903.

d'origine plus ou moins suspecte, quoiqu'ils ne se rattachent pas à un délit déterminé et constaté. Cette méthode, à raison de la jurisprudence prétorienne des parquets relative aux restitutions des objets saisis, peut quelquefois engendrer des abus. En second lieu, d'après les termes de la loi, il faut décider que les magistrats perquisitionneurs ne sont pas obligés à saisir tous les objets dont la loi ordonne la confiscation. Une saisie ainsi opérée, en l'absence d'un texte formel, manquerait de base, car elle serait destinée à assurer éventuellement l'exécution d'un jugement dont les termes sont encore inconnus. Il nous semble que dans cette hypothèse, les magistrats doivent recourir, en principe, à la saisie intellectuelle, c'est-à-dire à la description des objets au procès-verbal.

Ce serait seulement en cas d'urgence qu'il conviendrait de procéder à une saisie réelle, lorsque les objets seraient susceptibles de disparaître facilement, ou lorsque la confiscation aurait le caractère d'une mesure de police, c'est-à-dire lorsqu'elle serait ordonnée pour retirer de la circulation un objet nuisible, dangereux, dont la possession est illicite d'une manière absolue.

En troisième lieu, puisque la saisie ne doit être considérée que comme un moyen d'instruction, il ne peut être reconnu à un magistrat perquisitionneur le droit de mettre sous scellés des objets illicites ou suspects pouvant se rattacher d'une manière plus ou moins cer-

taine à des faits peut-être prescrits ou ne possédant que le caractère de simples contraventions.

Il existe une troisième règle d'après laquelle la saisie doit atteindre non seulement tous les objets qui peuvent servir de preuves contre l'inculpé, mais encore ceux qui peuvent l'innocenter ou amoindrir sa culpabilité. Il convient de remarquer à ce propos que, si en principe ce sont les pièces saisies au cours d'une instruction ouverte à raison d'un fait délictueux et dirigée contre un détenu qui doivent être retenues contre ce dernier, la jurisprudence a néanmoins admis que des objets saisis au cours d'une autre procédure pouvaient être produits dans un procès distinct (1).

En dernier lieu, la saisie, qui est un acte essentiellement d'instruction, ne peut être pratiquée que comme une mesure spéciale relative à certains objets et concernant certains individus. C'est en vertu de ce principe que les saisies générales portant sur tout un courrier ou sur tous les objets placés dans un dépôt ne doivent pas être admises. Il en est de même pour les saisies en bloc opérées par des officiers de police judiciaire délégués par un juge d'instruction.

Saisies des papiers et correspondances. — La saisie des papiers et des correspondances est une matière importante, qui appelle quelques développements particu-

1. Limoges, 2 juillet 1903. D. 1904. 2. 209. — Cass., 5 août 1904.

liers. Dans tous les cas où les écrits privés, registres, papiers domestiques peuvent servir à la manifestation de la vérité, le juge d'instruction, en vertu de l'article 371, dont les termes sont absolus, peut saisir les lettres missives, comme tous autres documents. Mais la lettre qui est la conversation entre absents, la messagère des sentiments les plus intimes, l'agent des négociations d'intérêts, semble participer à la nature des confidences inviolables dont le respect s'impose comme un principe d'ordre public et de haute moralité et pendant longtemps on a discuté sur la légitimité des saisies de correspondance (1).

Actuellement, la jurisprudence admet que les lettres missives peuvent être en principe soumises aux débats judiciaires, lorsqu'elles ont été appréhendées d'une façon régulière, ce qui implique logiquement au profit du juge d'instruction le droit de les saisir. D'après les théories que nous avons exposées, ce droit de saisie est illimité, il peut être exercé chez l'inculpé, chez les tiers. Mais la légitimité des saisies de lettres dans les bureaux de l'administration des postes, a donné lieu à de vives controverses.

Certains auteurs ont dénié le droit au juge d'instruction de saisir les missives dans ces conditions, sous prétexte qu'on ne peut pas considérer des lettres con-

1. Cass., 6 décembre 1816.

fiées à la poste comme des objets qui y ont été cachés(1). Cette théorie, qui se fonde sur une interprétation littérale des textes, a été précédemment réfutée.

On a prétendu, en second lieu, résoudre cette question de saisie des lettres par celle de leur propriété ; seules les lettres adressées au prévenu seraient saisissables, parce qu'elles lui appartiennent, même avant de lui être remises. Encore certains auteurs ne reconnaissent-ils ce droit comme légitime qu'à l'égard des prévenus ou des individus assignés à comparaître en justice (2).

Cette opinion est difficilement acceptable en présence des termes des articles 87 et 88 I. qui autorisent le juge à saisir tous les objets utiles à la manifestation de la vérité, sans distinction de propriétaires.

En troisième lieu, on a fait une distinction entre les lettres adressées au prévenu et celles adressées par lui à des tiers (3). Les premières seraient insaisissables à la poste, comme au domicile du prévenu où elles pourraient se trouver, quant aux secondes, comment reconnaître sans violer le secret des correspondances leur utilité pour l'instruction ? La saisie ne peut porter sur un document qu'aucun indice ne permet de rattacher à la poursuite. La jurisprudence admet la saisie de toute

1. Mangin, t. I, n° 95.

2. Besnard, p. 117.

3. Hélie, t. IV, n° 1820.

espèce de correspondances sans distinction entre le destinataire ou l'expéditeur (1), car elle estime que la loi prohibe seulement l'ouverture des correspondances par mesure de police et que le principe de l'inviolabilité des correspondances ne peut être que relatif.

Ce que nous venons de dire des lettres et autres correspondances s'applique évidemment aux télégrammes adressés soit au prévenu, soit par lui, et le juge d'instruction a le droit de requérir dans les bureaux télégraphiques la communication des dépêches privées qu'il présume renfermer des indications utiles à la découverte des crimes et délits dont il poursuit la répression (2).

M. Georges Grosjean, député du Doubs, a déposé sur le bureau de la Chambre en 1904 une proposition de loi qui dispose que, d'une part, le droit de saisie des lettres missives n'appartiendra plus qu'au juge d'instruction, à l'exclusion de tous fonctionnaires de l'ordre administratif à quelque titre qu'ils agissent, que d'autre part, l'ouverture de la correspondance des tiers non inculpés sera absolument interdite. Pour arrêter les lettres d'un citoyen, il faudrait donc nécessairement ouvrir contre lui une information, et cette obligation conduirait à restreindre l'usage qui se répand de plus

1. Cass., 23 juillet 1853.— Cass., 6 avril 1833.— 13 octobre 1823.— 16 août 1862.— 9 juin 1883.

2. Circ., 25 février 1856.

en plus des informations ouvertes contre une personne indéterminée, ce qui permet de procéder, sous une apparence légale à toutes les perquisitions.

Au mois de décembre de la même année, M. Girard déposait une autre proposition de loi relative au même objet, en vertu de laquelle pourraient seuls être saisis les lettres et les télégrammes émanant de l'inculpé ou à lui adressés. Il conviendrait peut-être à cet égard de préciser en disant que les lettres saisissables doivent paraître visiblement expédiées par l'inculpé. Cette disposition ne reproduit pas l'exigence formulée dans le projet du gouvernement soumis au Sénat en 1882 et dans le premier projet de la commission d'après laquelle il fallait qu'un mandat eût été préalablement décerné contre l'inculpé.

Une dernière observation peut être faite au sujet de la saisie des correspondances à la poste. Actuellement, elle est pratiquée au moyen d'une réquisition adressée au receveur, qui retient lui-même et envoie au juge les correspondances qui lui paraissent comprises dans la saisie. Cette méthode est peut-être la seule pratique, mais s'il y a lieu de la maintenir, ne conviendrait-il pas de préciser les termes de la réquisition et la durée de sa validité ?

Dans l'état actuel de notre législation, il existe une seule exception au droit de saisie des correspondances, exception résultant du principe de la liberté de la défense.

L'inculpé peut communiquer avec son avocat sans craindre que ses lettres soient arrêtées, lues, saisies ou détournées et la clandestinité au mode d'envoi d'une lettre ne peut autoriser le juge à penser qu'elle est destinée à une autre personne qu'au conseil de l'inculpé (1).

Formalités des saisies. — Toute saisie doit être immédiatement suivie d'un procès-verbal, contenant la description des objets saisis et leur reconnaissance par le prévenu et constatant le scel de ces objets, s'il y a lieu (2). Ces formalités légales n'ont pour but que d'établir l'identité des pièces à conviction, si elles n'étaient pas observées, le prévenu pourrait en contester la valeur, mais sans pouvoir demander la nullité de la saisie.

Il existe en matière de faux des règles particulières qui sont énoncées dans le Code d'instruction criminelle (3).

Saisies spéciales. — Les saisies spéciales sont plus larges que les saisies ordinaires, elles s'étendent non seulement aux instruments et au produit de la contravention, mais encore aux choses dont l'usage, l'importation, l'exportation ou même l'existence sont prohibées d'une manière absolue ou d'une manière relative. On a

1. Cass., 31 décembre 1897. — Cass., 12 mars 1886. — Poitiers, 2 mai 1906. S. 1907. 2, p. 31.

2. Paris, 26 juillet 1867. D. 67. 5. 242. — Cass., 13 février 1893 — 30 juin 1899. — 24 février 1883. — Haute-Cour, 20 octobre 1899.

3. Code d'Instr. criminelle, a. 35, 38, 39.

dit que, dans ces matières, la saisie était non pas un moyen de conviction, une mesure de police, le procès-verbal étant une preuve suffisante, mais un moyen de répression, et que par conséquent les agents de l'autorité devaient saisir tous les objets dont la loi ordonnait la confiscation. Mais la jurisprudence n'exige pas comme condition préalable à la confiscation une saisie réelle antérieure. C'est cette opinion qui a été notamment consacrée en matière de douanes et de contributions indirectes. (Cass., 19 août 1858. — Garraud, II, p. 263 et 264.)

Il convient de se demander si la saisie préalable est la condition de la poursuite. Certains auteurs avaient soutenu cette théorie pour les délits en matière de contributions indirectes et de douanes, et ils l'avaient formulée dans un adage qui a été longtemps considéré comme un axiome juridique : « Point de saisie, point d'action. » Hélie avait combattu cette thèse ; il fallait d'après lui se garder de confondre la confiscation qui n'avait en matières spéciales d'autres bases que la saisie et la poursuite qui en était indépendante.

Cette difficulté est aujourd'hui tranchée par la loi du 1^{er} mai 1905 qui n'exige pas en matière de douanes de saisie préalable, et qui a, par conséquent, incontestablement étendu le droit d'action de cette administration en la dégageant de toute condition de ce genre (1).

1. Cass., 22 mars 1907.

Cette solution nous paraît devoir être généralisée.

En matière de contraventions rurales et forestières, les gardes champêtres et forestiers doivent procéder à deux sortes de saisies, l'une obligatoire, la saisie des choses enlevées, l'autre seulement facultative, celle des bestiaux, des instruments, des voitures et attelages des délinquants (1).

En matière de contributions indirectes, les saisies portent sur les boissons, tabacs, cartes à jouer, qui constituent les contraventions, sur les objets de transport, et sur les ustensiles servant à la fabrication (2).

En matière d'octroi, les saisies portent sur les objets transportés en contravention (3).

En matière de garantie d'or et d'argent, les saisies portent sur les faux poinçons et sur les objets non marqués ou marqués de faux poinçons (4).

En matière de douanes, les saisies portent sur les marchandises qui sont transportées en contravention et sur les voitures, chevaux, navires, bateaux servant au transport (5).

1. Code Inst. crim., a. 16. — Code forestier, a. 161. — Loi, 28 sept.-6 octobre 1791 a. 12, t. II.

2. Loi, 5 ventôse an XII, a. 45-76, décret 1^{er} germinal an XIII, a. 21-23, — Loi, 18 avril 1816.

3. Ord., 9 déc. 1849, art. 79.

4. L., 19 brumaire an VI, art. 101, 103, 104, 108.

5. L., 6 août 1791, t. V, art. 1. — L., 9 floréal an VII, art. 2, 3, 5, 7, 8. — L., 17 décembre 1814, art 6, 15. — L., 28 avril 1816, art. 41, 51.

En matière de chasse, les filets et autres instruments peuvent être saisis sur la personne du délinquant (1); il en est de même pour les armes des chasseurs, mais l'article 25 de loi de 1844 décide que les délinquants ne peuvent être désarmés. Il faut conclure du rapprochement de ces deux textes que si l'agent de l'autorité est obligé pour saisir l'arme de désarmer le délinquant, il doit s'abstenir en vertu de l'article 25. Mais si, au contraire, la saisie peut être opérée dans d'autres circonstances, lorsque par exemple le chasseur a abandonné son arme en fuyant, elle est parfaitement légale. La saisie doit s'étendre au gibier mis en vente ou transporté en temps prohibé.

En matière de pêche, les instruments de pêche doivent être saisis ainsi que le poisson pêché en délit (2).

En matière de fraudes alimentaires, les agents de l'autorité opèrent des prélèvements sur les denrées ou liquides exposés ou mis en vente, et chaque prélèvement comporte quatre échantillons, dont l'un est destiné au laboratoire pour analyse et les trois autres éventuellement destinés aux experts. C'est en vue de l'expertise contradictoire que ces échantillons sont prélevés ; en conséquence, toutes les fois où la contre expertise ne sera pas réclamée, ou toutes les fois qu'elle

1. Lunéville, 19 mars 1869. *Rép. Lég. forest.*, t. IV, n° 704, art. 16.

2. Art. 39, 41, 42. L., 15 avril 1829.

sera demandée par l'inculpé et qu'elle pourra être faite consciencieusement avec les échantillons saisis, l'absence des échantillons inutiles n'entraînera pas la nullité de la procédure. (Cass., 25 juillet 1908.)

En matière de presse, des règles spéciales existent qui sont considérées comme des garanties spéciales données à la liberté de la presse. En principe, toute saisie préventive des écrits ou imprimés, de placards ou affiches est interdite. « Nous n'avons pas cru, dit M. Lisbonne, dans son rapport, devoir adopter les dispositions de la loi de 1819 qui peuvent donner lieu à de graves abus ; la saisie illimitée de toute édition, s'il s'agit d'écrits imprimés ordinaires, de tout un tirage, s'il s'agit de journaux, à l'occasion d'un simple délit qui peut même dégénérer en contravention, est exorbitante. Nous avons voulu interdire d'une façon absolue le droit de saisie et nous n'avons fait qu'une seule exception à cette interdiction : c'est au cas où le dépôt prescrit par les articles 5 et 12 n'aurait pas été effectué, et même en ce cas, la saisie devra se borner à quatre exemplaires de l'écrit ou du numéro incriminé (art. 52). » Ainsi, l'instruction ne peut empêcher la publication d'un livre ou d'un journal.

Mais la saisie préventive est également permise dans le cas de provocation non suivie d'effet au vol ou au crime de meurtre, de pillage, d'incendie, de destruction à l'aide d'engins explosifs ou à des crimes ou délits

contre la sûreté extérieure de l'Etat, dans le cas d'apologie de meurtre, du pillage, de l'incendie, du vol ou de la destruction, dans le cas enfin, de provocation à des militaires pour les détourner de leurs devoirs (art. 49 § 2. Loi 19 juillet 1884).

Mais il convient de remarquer que ce texte ne mentionne pas la provocation suivie d'effet parmi les infractions à l'occasion desquelles la saisie préventive est autorisée. On reconnaît généralement qu'il y a là une omission involontaire du législateur ; mais certains auteurs, qui s'en tiennent à une interprétation littérale du texte, soutiennent que la saisie des écrits en cette hypothèse doit être considérée comme impossible (1). D'autres, au contraire, pensent qu'il est inadmissible que le droit de saisie ne puisse s'exercer en pareil cas, alors que les faits incriminés ont atteint leur maximum de gravité en armant la main des malfaiteurs pour le crime (2).

Quoi qu'il en soit, l'article 49 n'autorise que la saisie des écrits ou imprimés ou placards ou affiches ; par conséquent, il ne peut être procédé à la saisie de la composition des planches et des presses qui ont servi à la confection des écrits ou placards délictueux.

1. Loubat. *Législation sur les anarchistes*, p. 171.

2. Falbrequettes, t. II, p. 447.

La loi du 2 août 1882 sur la répression des outrages aux bonnes mœurs autorise formellement la saisie des imprimés autres que le livre, des dessins, gravures, peintures obscènes. Les dispositions de l'article 49 de la loi du 29 juillet 1881 n'ayant pas été déclarées applicables aux délits prévus par la loi du 11 juin 1887, il faut en conclure que les saisies, notamment celle des télégrammes constituant le corps du délit, peuvent avoir lieu conformément au droit commun. Il convient enfin de signaler une opinion d'après laquelle le magistrat instructeur pourrait, dans les cas d'injures et de diffamation contre les particuliers, procéder aux saisies telles qu'elles sont réglementées par le Code d'instruction criminelle.

En effet, peut-on dire que l'article 60 § 2 de la loi de 1881 ne renvoie pas formellement aux dispositions de l'article 49. Il faut donc conclure que le droit de saisie n'est pas limité et qu'il peut s'exercer en cette hypothèse conformément au droit commun. Néanmoins la jurisprudence a admis que les termes de l'article 60 n'excluaient pas l'application de l'article 49 (1).

Détournement d'objets saisis. — Il faut poser en principe que la saisie opérée au cours d'une perquisition n'est pas le préliminaire d'une dépossession du propriétaire de la chose, elle ne confère à personne, pas

1. Cass., 13 juin 1891.

même à l'Etat, un droit éventuel sur l'objet placé entre les mains de la justice. Les propriétaires de ces objets qui tenteraient de détruire ou de détourner des pièces à conviction, ne pourraient donc pas tomber sous l'application de l'article 400 du Code pénal. En effet, ainsi que nous l'avons exposé, en matière de droit commun, la saisie n'a pour but que la production facile en justice des pièces à conviction, et l'attribution de leur propriété à l'Etat ne peut résulter que d'un jugement postérieur et éventuel.

Au contraire, en matière spéciale, la saisie doit être considérée, à notre avis, comme le préliminaire de la confiscation que le tribunal doit prononcer obligatoirement non plus à titre de peine accessoire, mais à titre de peine principale. Dans ce cas, l'attribution de propriété à l'Etat des objets saisis paraît résulter non plus du jugement déclaratif, mais de la loi elle-même, et les particuliers, qui les détourneraient, seraient passibles des peines portées à l'article 400 du Code pénal.

Quelle peut être la responsabilité des magistrats perquisitionneurs qui détruisent ou détournent des documents qu'ils ont saisis ou fait saisir ? peuvent-ils être considérés à cette occasion comme tombant sous le coup de l'article 173 du Code pénal, qui punit de la peine des travaux forcés tout juge, administrateur, fonctionnaire ou officier public qui aura détruit, supprimé, soustrait ou détourné les actes ou titres dont il

était dépositaire en cette qualité ou qui lui auraient été remis ou communiqués à raison de ses fonctions ?

Le 13 décembre 1887, la Chambre des appels correctionnels à Paris a eu à statuer sur le fait de détournement commis par un préfet de plusieurs lettres saisies par un chef de la sûreté au cours d'une information ; elle a décidé que le détournement prévu par l'article 173 était non pas celui de pièces quelconques, de simples lettres, mais celui de pièces constituant des actes ou des titres, et qu'en droit pénal comme en droit civil, les mots actes et titres ne pouvaient s'appliquer qu'à des lettres présentant à raison de leur contenu le caractère d'actes juridiques déterminés, c'est-à-dire contenant des constatations ou des énonciations de nature à créer entre l'expéditeur et le destinataire un lien de droit dont elles deviennent l'instrument et la preuve. La Cour a de plus écarté dans cette affaire l'application des articles 254 et 255 du Code pénal, qui répriment l'enlèvement des pièces contenues dans des archives, greffes ou dépôts publiés ou remis à des dépositaires publics en cette qualité, en se fondant sur ce fait qu'il n'était pas possible de déclarer que le préfet de police avait été un dépositaire public, parce qu'ayant agi en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, c'était lui-même qui, par un de ses subordonnés, avait opéré la saisie, parce qu'il les avait eues en sa possession après les avoir appréhendées de sa main, et parce qu'on ne

pouvait pas considérer qu'il les avait reçues à charge d'en conserver le dépôt. Une pareille solution nous paraît de nature à soulever quelques critiques. D'une part elle laisse impunis des abus extrêmement préjudiciables aux intérêts de la défense, d'autre part elle ne paraît pas faire une juste application de la loi. Les articles 254 et 255 assimilent au dépôt public les mains des dépositaires qui détiennent une pièce en cette qualité et semblent par conséquent vouloir protéger d'une façon spéciale toute pièce qui se trouve déposée soit dans un lieu, soit dans des mains que la loi a désignées aux citoyens dans un intérêt d'ordre public, et il nous paraît être une subtilité que d'exiger que les pièces saisies soient remises au dépositaire. Le magistrat qui les appréhende au nom de la loi en devient par cela seul dépositaire et passible des peines portées aux articles 254 et 255 du Code pénal.

Restitution des objets saisis. — Les pièces à conviction ne doivent jamais être restituées avant la clôture de l'information, s'il y a non-lieu, ou avant la clôture de l'affaire si l'inculpé est traduit devant le tribunal correctionnel ou devant la Chambre des mises en accusation.

D'ailleurs, les mesures d'instruction telles que les scellés ou la mise sous séquestre tombent d'elles-mêmes, lorsqu'une solution définitive est intervenue. L'application de cette règle ne laisse pas de présenter

des inconvénients ; des objets volés, souvent de grande valeur, demeurent déposés au greffe pendant des mois au préjudice des propriétaires, alors que le prévenu ou l'accusé a formellement avoué les avoir soustraits frauduleusement dans l'habitation du plaignant et qu'à raison même de ces aveux, les circonstances du vol ne font l'objet d'aucun doute.

A l'audience, devant le tribunal correctionnel ou devant la Cour d'assises, les scellés qui contiennent les pièces à conviction ne sont même pas présentés devant la Chambre des appels correctionnels.

Dans ces hypothèses, ne vaudrait-il pas mieux restituer immédiatement les objets volés à la victime, dont ils constituent peut-être tout l'avoir et joindre simplement au dossier un état descriptif et estimatif ?

En pratique, les magistrats instructeurs tendent à appliquer de moins en moins les dispositions de l'article 366, et, en cas d'absence d'intérêt pour le dossier, les pièces ou objets saisis peuvent être restitués par le juge après communication donnée au parquet de la demande en restitution formulée par l'intéressé. Les magistrats instructeurs, qui restituent dans ces conditions, accomplissent un acte d'administration judiciaire et sont soumis à la surveillance du procureur général.

Les projets de réforme de 1882 et les propositions de Clemenceau et Girard donnaient au tribunal siégeant en Chambre du conseil le droit de connaître des appels

des décisions des juges d'instruction refusant aux tiers la restitution des objets saisis, qui pouvaient leur appartenir. Mais il importe surtout de modifier les termes de l'article 366. D'autre part, si on comprend l'intervention de la Chambre du conseil quand il s'agit d'estimer si le juge d'instruction n'a pas saisi des objets dont la loi interdit la saisie ou de dire s'il est ou non nécessaire de conserver au greffe tels ou tels objets volés, il est plus difficile d'admettre la compétence de cette même Chambre du conseil quand il y a lieu de prononcer entre des droits rivaux de plaignants réclamant l'un et l'autre la propriété d'un même objet, ou même à l'égard des prétentions contradictoires du prévenu et du plaignant. Dès qu'une question de propriété est soulevée, il nous semble que la juridiction de jugement et la juridiction civile sont seules compétentes.

Lorsqu'une décision définitive est intervenue dans une affaire, soit sous la forme d'une ordonnance de non-lieu, soit d'un jugement non susceptible d'opposition ni d'appel, le juge d'instruction se trouvant dessaisi, c'est au procureur de la République qu'il appartient de statuer sur les demandes en restitution. Ce magistrat rend une ordonnance, qui prescrit au greffier de restituer à l'intéressé les objets saisis. Le greffier a l'obligation d'exiger un récépissé signé du propriétaire des objets, quand celui-ci ne sait pas signer, il en fait

mention et signe avec deux témoins. Le reçu n'est pas soumis à l'emploi d'un timbre quittance.

A Paris, le service des restitutions a une importance assez grande et son fonctionnement donne lieu à quelques observations très sommaires. En principe, le parquet ne restitue qu'aux intéressés dont les titres de propriétés sont évidents ; dès qu'il existe une contestation relative à cette question, les réclamants doivent s'adresser au tribunal civil, en mettant en cause le greffier du tribunal et les personnes susceptibles de contester leurs titres de propriété. Lors même qu'une pareille contestation ne doit pas s'élever, le parquet, en vertu d'une pratique remarquable, pour des raisons d'équité, refuse d'ordonner la restitution de pièces à conviction appartenant aux prévenus, en se fondant sur ce fait que ces objets doivent servir de garantie aux victimes des infractions ; dans cette hypothèse, il met en demeure les intéressés de faire pratiquer au greffe une saisie régulière des objets ou des valeurs, qui s'y trouvent déposés.

D'autre part, le parquet refuse toujours la restitution non seulement des objets dont la possession est illícite ou immorale, mais encore celle des pièces à conviction qu'on doit considérer comme les instruments du délit.

Cette pratique n'est pas à l'abri de toute critique, au point de vue juridique, car elle aboutit à une confis-

cation extra-légale. Une pareille mesure ne peut être ordonnée que par un jugement. Mais elle se justifie par des raisons d'équité et de moralité. En cas de restitution, il convient de réserver toujours les droits du Mont-de-Piété auquel les pièces à conviction auraient été données en nantissement (1). Les livrets militaires doivent être rendus soit aux inculpés, soit aux bureaux de recrutement, quand le juge en a pris connaissance (2). Enfin le parquet ne restitue les objets saisis que sous réserve du paiement des frais du procès et crée ainsi au profit du Trésor un privilège de fait.

La formalité d'une ordonnance du procureur de la République est aussi exigée pour la restitution des animaux et celle des objets périssables déposés à la fourrière. Il en est de même pour l'attribution à l'administration des domaines ou pour la restitution à l'inventeur, s'il y a lieu, des objets de provenance suspecte trouvés sur la voie publique.

Des dispositions particulières dont l'examen dépasse le cadre de l'étude que nous nous sommes proposée, réglementent le sort des objets saisis à la suite de la constatation des infractions de nature spéciale, telles que les délits forestiers, les délits de pêche ou de chasse ou les fraudes en matières alimentaires.

1. Circ., 30 mai 1861.

2. Circ., 1^{er} juillet 1897.

TABLE DES CHAPITRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5

PREMIÈRE PARTIE

PERQUISITIONS DES JUGES D'INSTRUCTIONS

CHAPITRE I. — Des perquisitions.....	13
CHAPITRE II. — Exercice du droit de perquisition...	51
CHAPITRE III. — Restriction aux pouvoirs des juges d'instructions.....	88
CHAPITRE IV. — Formalités des perquisitions.....	113
CHAPITRE V. — Des délégations judiciaires.....	132
APPENDICE. — Magistrats assimilés aux juges d'ins- tructions.....	152

DEUXIÈME PARTIE

PERQUISITIONS OPÉRÉES PAR LES MAGISTRATS AUTRES QUE LES JUGES D'INSTRUCTION

CHAPITRE I. — Des perquisitions opérées par le pro- cureur de la République et ses auxiliaires.	157
CHAPITRE II. — Des perquisitions opérées par les préfets.....	179
CHAPITRE III. — Des perquisitions opérées par les agents spéciaux.....	200
CONCLUSION. — Des saisies et restitutions.....	221

Vu : le Président de la thèse
LE POITTEVIN

Vu : le Doyen
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

Imp. de la librairie V. GIARD et E. BRIÈRE, 16, rue Soufflot, Paris

